

El aseguramiento de la responsabilidad civil médica

Ideas para la reflexión
desde una perspectiva comparada

Mónica Lucía Fernández Muñoz

PRIVADO

9

JUS-Privado es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones de derecho privado, en especial las referidas a propiedad intelectual, derecho agrario, derecho de las obligaciones, negocio jurídico, y sus desarrollos en el plano de la internacionalización.

La colección contribuye a difundir las nuevas lecturas de los institutos jurídicos tradicionales, resultado de los avances en la investigación jurídica y sociojurídica, propiciando el pensamiento crítico y la actualización permanente del conocimiento en la comunidad académica.

OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN **JUS-PRIVADO:**

- Aprendizaje colaborativo en el estudio del derecho de sociedades
- El concepto de patrimonio y su aplicación en España
- Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría, equilibrio y abusividad
- Evidencia digital, distribución musical y derecho de consumo
- El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisonomía
- Derecho de obligaciones. Aproximación a la praxis y a la constitucionalización
- Aplicación de la Teoría de la Imprevisión en el derecho alemán tras la reforma de 2002. Ventajas y breves alusiones al caso colombiano

Mónica Lucía Fernández Muñoz

Abogada con Doctorado en Derecho por la Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa (Italia). Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible, y en Docencia Universitaria. Autora del libro *Responsabilidad médica: problemas actuales* y de varios escritos científicos sobre la materia. Investigadora visitante en la Universidad de Paris I Panthéon-Sorbonne (Francia). Profesora invitada por las universidades de Brescia (Italia), Cergy-Pontoise (Francia), Lima (Perú), del Istmo (Panamá) y de Concepción (Chile). Se ha desempeñado como asesora en entidades públicas y privadas, conferencista nacional e internacional, profesora investigadora de la Universidad Católica de Colombia.

Mónica Lucía Fernández Muñoz

El aseguramiento de la responsabilidad civil médica

Ideas para la reflexión
desde una perspectiva comparada

PRIVADO 9



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Fernández Muñoz, Mónica Lucía

El aseguramiento de la responsabilidad civil médica : ideas para la reflexión desde una perspectiva comparada / Mónica Lucía Fernández Muñoz .-- Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2017

150 páginas : 17 x 24 cms. --(colección Jus privado; no. 9)

ISBN: 978-958-8934-96-9 (impreso)

ISBN: 978-958-8934-97-6 (digital)

I. Título II. Serie.

1. Responsabilidad médica-Colombia 2. Práctica médica-Colombia 3. Medicina-Ética profesional 4. VIH

Dewey 346.0332 ed. 21

Proceso de arbitraje

1.º concepto

Evaluación: 20 de abril de 2017

2.º concepto

Evaluación: 26 de abril de 2017

© Universidad Católica de Colombia

© Mónica Lucía Fernández Muñoz

Primera edición, Bogotá, D. C.

Octubre de 2017

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

John Fredy Guzmán Vargas

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Mauricio Salamanca

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Cómo citar esta obra

En APA:

Fernández, M.L. (2017). *El aseguramiento de la responsabilidad civil médica: ideas para la reflexión desde una perspectiva comparada*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

Fernández M., Mónica L. *El aseguramiento de la responsabilidad civil médica: ideas para la reflexión desde una perspectiva comparada*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2017.

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas N° 46-72, piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

*A Manuelito,
mi príncipe adorado.
Gracias por permitirme
compartir tu maravilloso mundo
y reconocer la esencia de la vida.*

CONTENIDO

Préface	7
Prefacio	11
Introducción	15
Capítulo 1. Generalidades del seguro de responsabilidad civil	19
Caracterización general del contrato de seguro de responsabilidad	19
Del principio indemnizatorio	28
Condiciones para la puesta en marcha de la garantía	31
La garantía en el seguro de responsabilidad civil	33
Capítulo 2. La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica	37
El seguro de responsabilidad civil junto a otras formas de colectivización de la responsabilidad.....	37
La culpa frente a la difusión del seguro de responsabilidad civil.....	41
Revisión de las insuficiencias del derecho común de la responsabilidad civil médica	44
La dificultad en la prueba de la culpa	45
Deformación de los conceptos “culpa” y “error de conducta”	47
Cambios notorios provocados en la responsabilidad civil por el seguro	54
El seguro de responsabilidad civil como factor de extensión del campo de la responsabilidad.....	54
La decadencia de la culpa en el marco del sistema de reparación colectiva	57

Capítulo 3. La crisis del seguro de responsabilidad civil.....	61
Problemáticas que suscita el seguro RC frente a la eficacia de la responsabilidad civil	61
Del seguro de responsabilidad civil al seguro directo	68
Causas de la crisis del seguro de responsabilidad civil	69
La defensa del seguro de responsabilidad contra el seguro directo	76
Capítulo 4. Sistemas de aseguramiento obligatorio de la responsabilidad médica	85
Estructura del sistema francés frente al aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil médica	87
La complementariedad de la garantía a través de la solidaridad nacional en Francia.....	94
El <i>risk management</i> como primera alternativa frente al aseguramiento obligatorio en Italia.....	96
El sistema italiano de aseguramiento obligatorio para la responsabilidad civil médica.....	103
Capítulo 5. Colombia ante el seguro de responsabilidad civil médica	111
Bondades e inconvenientes del sistema de aseguramiento facultativo.....	111
Panorama para el aseguramiento de la responsabilidad médica en Colombia	117
Consecuencias de la instauración de un seguro de responsabilidad civil médica obligatorio	126
Conclusión	137
Bibliografía	141

PRÉFACE

La vie quotidienne du juriste est faite de lectures. Et chacun sait qu'il y en a de deux sortes : celles qui nous contraignent, et celles qui nous ravissent, parce qu'au-delà des connaissances juridiques qu'elles nous livrent, elles procurent un réel plaisir. Le livre de Mónica Lucía Fernández Muñoz relève incontestablement de cette seconde catégorie. Avec un style léger, et un rythme agréable, l'ouvrage dresse un panorama des problématiques liées à l'assurance de responsabilité médicale, d'un triple point de vue : les droits français, italien et colombien. Voilà donc un ouvrage que l'on prend plaisir à présenter.

Ce voyage au cœur de l'assurance et de la responsabilité médicale intéressera certainement les spécialistes, lesquels découvriront avec intérêt des systèmes d'indemnisation qu'ils ne connaissent pas, mais il séduira aussi les néophytes, car — et ce n'est pas la moindre de ses qualités —, l'ouvrage est éminemment pédagogique. Ainsi l'introduction et le premier chapitre permettront à tous ceux qui ne côtoient pas la responsabilité quotidiennement de lire la suite sans difficulté. Le lecteur appréciera par exemple les développements clairs et concis relatifs à la franchise ou aux clauses *claims made*. L'auteur nous guide pas à pas, nous permettant de prendre toute la mesure de cette interpénétration du droit des assurances et du droit de la responsabilité civile. Les chapitres sont donc ponctués de rappels essentiels, comme celui de l'inexorable déclin de la responsabilité, si bien perçu en son temps par Madame Viney, ou encore celui des effets de l'assurance, laquelle ne supprime pas la responsabilité civile, mais

la transforme seulement — une évidence que l'on a vite fait d'oublier. De même, l'auteur revient sur les limites de l'expertise médicale (chapitre 2). C'est un point sur lequel il faut en effet sensibiliser les juges : l'expert ne donne qu'un avis, il n'est pas détenteur d'une vérité absolue. Le contentieux relatif à l'illicéité de la preuve en témoigne (v. par exemple, Cass. Civ. 1^{ère}, 25 février 2016, n°15-12403) — de même que le souvenir de quelques tristes affaires dans lesquelles on s'en était trop hâtivement tenu aux conclusions des experts. Le magistrat doit donc se souvenir en permanence que, de la même manière que l'erreur ou la faute du médecin a pu causer le dommage, l'erreur ou la faute de l'expert pourra mener à une expertise erronée.

Sans doute les lecteurs apprécieront-ils dans ces exposés le souci d'équilibre permanent de l'auteur. Les développements consacrés au droit français et au droit italien en sont un bon exemple : sans nous perdre dans de longs détours, Madame Fernández Muñoz sait livrer l'essentiel pour offrir un descriptif éclairant. De même lorsqu'il s'agit de présenter les avantages et les inconvénients d'un système d'assurance directe dans le chapitre 3, l'auteur expose avec beaucoup d'objectivité et de clarté les thèses en présence.

L'objectif de l'ouvrage est de tirer parti des enseignements comparatistes. Sont ainsi mis en lumière les points forts et les points faibles des droits étudiés. Retraçant leur avènement d'un point de vue historique, l'auteur montre aussi de quelle manière la réussite d'un système d'indemnisation ne dépend pas seulement des règles juridiques adoptées, mais aussi et surtout d'un environnement socio-culturel spécifique. Tel est le sens de la démonstration menée par l'auteur dans le chapitre 5, point d'orgue de l'ouvrage.

L'ouvrage invitant à la réflexion — comme l'indique son sous-titre — on se permettra dans ces lignes de signaler quelle fut la nôtre. Ayant récemment eu le plaisir de recevoir dans notre université le professeur Daniel Gardner de l'université Laval, nous avons pu mesurer tous les bénéfices du système d'indemnisation mis en place par le droit québécois s'agissant des dommages corporels nés des accidents de la circulation. Après une quarantaine d'années d'expérience, le succès de ce régime déconnecté de la faute et de la responsabilité est incontestable, puisqu'il permet une réparation rapide, pour un coût extrêmement faible. L'observation du droit québécois sur ce point permet en outre de relativiser la fonction prophylactique de la responsabilité. Car au fond, est-on bien sûr que la

menace du dédommagement - aussi effrayante soit-elle - incite les sujets de droit à plus de prudence et de diligence ? Certes, la perspective est très différente pour les accidents de la circulation et pour les accidents médicaux, puisque s'agissant de ces derniers, le responsable ne risque pas sa propre vie ou sa propre santé dans l'événement dommageable. Mais tout de même ... , il y a quelque chose d'inquiétant à brandir cette fonction préventive dans le domaine de la santé. On ose espérer que ce n'est pas la menace d'un procès en responsabilité qui pousse le médecin à ne pas commettre de faute, mais ses connaissances, ses compétences et son sens du devoir. Tunc l'avait bien compris, et Madame Fernández Muñoz le rappelle dans son chapitre 3. Il ne faut donc pas, en effet, s'effrayer outre mesure des conséquences de l'assurance de responsabilité médicale.

Ainsi, l'ouvrage nous a menés à repenser la pertinence d'un régime de responsabilité — objective ou subjective — s'agissant de l'indemnisation des victimes en droit de la santé. A plusieurs reprises, Madame Fernández Muñoz dénonce la lenteur et l'inefficacité d'un système coûteux. Mais pourquoi donc tous ces défauts ? C'est que la responsabilité — et les étudiants le savent bien — n'a rien d'un long fleuve tranquille. Qui est l'auteur du fait dommageable ou le gardien de la chose instrument du dommage ? Est-on vraiment en présence d'un dommage causé par un produit de santé ou d'un dommage qui tient aux soins ? L'aléa thérapeutique est-il caractérisé ? Peut-on établir un lien de causalité ? Autant de questions — et bien d'autres — qui suscitent un contentieux non-négligeable et, sans aller jusque-là, génèrent des coûts importants à l'échelle de la société. L'indemnisation des dommages de santé *via* la responsabilité civile aboutit donc à un double échec : un processus long et complexe, pour une indemnisation décevante.

Ne pourrait-on pas, finalement, abandonner ici la responsabilité civile et passer le relais à une indemnisation automatique, couplée à une responsabilité pénale renforcée, pour les cas qui méritent vraiment une sanction du médecin ? On peut se demander d'ailleurs, si cette révolution copernicienne, qui pourrait s'inspirer du modèle néo-zélandais, n'est pas en train de s'opérer insidieusement. Le détour par la responsabilité civile semble en effet parfois artificiel : il ne sert qu'à désigner un payeur, l'assureur du responsable. Au-delà de la différence entre socialisation et collectivisation du risque, si bien rappelée par l'auteur, il y aura toujours une forme de mutualisation du dommage. Devons-nous alors

encore amarrer l'indemnisation à la responsabilité ou plutôt basculer vers un système d'indemnisation automatique ? La question du financement des fonds est évidemment aiguë, et elle est inséparable d'une autre problématique : celle des plafonds et de la remise en cause du dogme de la réparation intégrale du dommage. De même, et toujours à propos du financement, les développements de l'ouvrage relatifs aux politiques de *risk management* doivent retenir toute notre attention. La réflexion du juriste ne peut se départir ici d'une approche plus globale, et le chapitre V de l'ouvrage le démontre magistralement.

Le livre incite par ailleurs à réfléchir à la difficile harmonisation entre les méthodes assurantielles et le dommage corporel. Comme le soulignent les chapitres 3 et 5, les assureurs peinent à prévoir le montant des dommages potentiels, car les modèles statistiques s'adaptent mal aux incertitudes inhérentes à ce type de préjudice. Aussi, — et une forte tendance se dessine en ce sens, peut-être faudrait-il distinguer davantage les dommages à la personne, mieux pris en charge par les fonds d'indemnisation, des dommages aux biens, qui correspondent plus à la logique de l'assurance.

On l'aura compris : l'ouvrage de Mónica Lucía Fernández Muñoz nous mène bien au-delà du terrain de l'assurance obligatoire de responsabilité médicale en droit colombien : ses « *idées pour une réflexion* » sont fécondes. Pour notre part, elles nous ont invités non seulement à observer notre droit français d'un autre point de vue, mais encore à en sonder les racines mêmes, pour en mesurer à la fois l'étonnante vitalité, et les incontestables fragilités. Nous formons le vœu que les autres lecteurs de ce bel ouvrage puissent, à leur manière, entrevoir également de nouvelles perspectives en matière de responsabilité médicale.

Aude Denizot, Ph.D.

Professeur agrégé en droit privé

Université du Maine, France

PREFACIO*

La vida cotidiana del jurista está hecha de lecturas, y es bien sabido que de estas hay dos tipos: aquellas que nos imponen y las que nos deleitan, por cuanto, más allá de los conocimientos jurídicos que nos suministran, ellas brindan un verdadero placer. El libro de Mónica Lucía Fernández Muñoz pertenece indudablemente a esta segunda categoría. Con un estilo ameno y un ritmo agradable, la obra erige un panorama de las problemáticas ligadas al seguro de responsabilidad médica, con una perspectiva triple: los regímenes francés, italiano y colombiano. He aquí una obra que constituye un verdadero placer presentar.

Este viaje al corazón del seguro y de la responsabilidad médica atraerá indudablemente a los especialistas, quienes descubrirán, con interés, sistemas de indemnización que desconocen, pero seducirá también a los neófitos, ya que —y esa no es la menor de sus cualidades— la obra es eminentemente pedagógica. Así, la introducción y el primer capítulo permitirán a todos aquellos que no manejan cotidianamente la responsabilidad leer los contenidos subsiguientes sin dificultad. El lector apreciará, por ejemplo, los desarrollos claros y concisos relativos a la franquicia o a las cláusulas *claims made*. La autora nos guía paso a paso, permitiéndonos captar en toda su medida esta interpenetración entre el derecho de seguros y el régimen de la responsabilidad civil.

.....
* Traducción de Joaquín Acosta Rodríguez: abogado por la Universidad Santo Tomás; especialista en Derecho Comercial; máster en Derecho Privado por la Universidad París II Panthéon-Assas; doctor en Derecho de los Negocios por la Universidad de Burdeos (Francia); becario por excelencia académica del Estado francés; conferencista, investigador y docente universitario.

Los capítulos están por ello enriquecidos con recordatorios esenciales, como aquel del inexorable declive de la responsabilidad, percibido en su tiempo por la profesora Viney, e incluso el de la eficacia del seguro, la cual no suprime la responsabilidad civil, sino que simplemente la transforma —evidencia que rápidamente ha sido olvidada—. Igualmente, la autora vuelve sobre los límites de la experticia médica (capítulo 2). Se trata de un punto sobre el cual se debe, en efecto, sensibilizar a los jueces: el experto solo brinda un concepto, para nada es el dueño de una verdad absoluta. El debate relativo a la ilicitud de la prueba lo demuestra (por ejemplo, *Cass. Civ. 1^{ère}, 25 février 2016, n°15-12403*), así como el recuerdo de algunos tristes casos en los cuales se había otorgado demasiada credibilidad a las conclusiones de los expertos. El magistrado debe entonces acordarse permanentemente que de la misma manera en que el error o la falta del médico han podido causar el daño, el error o la falta del experto podrá conducir a una experticia errada.

Sin duda, los lectores apreciarán en esta exposición la preocupación permanente por el equilibrio de la autora. Los desarrollos consagrados al derecho francés y al derecho italiano constituyen un buen ejemplo: sin perdernos en largos desvíos, la profesora Fernández Muñoz sabe exponer lo esencial para ofrecer una descripción clarificadora. Acontece lo mismo cuando se trata de presentar los beneficios e inconvenientes de un sistema de aseguramiento directo en el capítulo 3, donde la autora expone con mucha objetividad y claridad las tesis en presencia.

El objetivo de la obra es extraer beneficio de las enseñanzas comparatistas; son así resaltados los puntos fuertes y débiles de los regímenes estudiados. Trazando su advenimiento desde un punto de vista histórico, la autora igualmente muestra de qué manera el éxito de un sistema de indemnización no depende solamente de las reglas jurídicas adoptadas, sino también y especialmente del ambiente sociocultural específico. Tal es el sentido de la demostración efectuada por la autora en el capítulo 5, punto de inflexión de la obra.

La presente obra invita a la reflexión —como lo indica su subtítulo—; por lo tanto, nos permitiremos señalar en las siguientes líneas cuál fue la nuestra. Habiendo tenido recientemente el placer de recibir en nuestra universidad al profesor Daniel Gardner (Universidad Laval), hemos podido medir todos los beneficios del sistema de indemnización implementado por el derecho de la provincia canadiense de Québec, tratándose de daños corporales sufridos por accidentes

de tránsito. Luego de cuarenta años de experiencia, el éxito de este régimen desconectado de la culpa y de la responsabilidad es incuestionable, ya que permite una reparación rápida, mediante costos extremadamente bajos. La observación del derecho quebequense sobre este punto permite adicionalmente relativizar la función profiláctica de la responsabilidad.

En efecto, y a fin de cuentas, ¿hay completa seguridad de que la amenaza de la reparación —tan intimidante como se presenta— incita a los sujetos de derecho a una mayor prudencia y diligencia? Por supuesto, la perspectiva es muy diferente para los accidentes de tránsito o para los accidentes médicos, ya que en estos últimos el responsable no arriesga su propia vida o salud en el acontecimiento susceptible de daño. Sin embargo, hay algo inquietante a la hora de esgrimir esta función preventiva en el ámbito de la salud: nos atrevemos a esperar que no sea la amenaza de un proceso por responsabilidad lo que incite al médico a abstenerse de incurrir en negligencia, sino sus conocimientos, competencias y su sentido del deber. El profesor Tunc lo comprendió perfectamente, y la profesora Fernández Muñoz lo recuerda en su capítulo 3. No es necesario, en efecto, asustarse desmedidamente de las consecuencias del aseguramiento de la responsabilidad médica.

De esta manera, la obra nos ha llevado a repensar la pertinencia de un régimen de responsabilidad —objetivo o subjetivo—, tratándose de la indemnización a las víctimas en derecho de la salud. En reiteradas ocasiones, la profesora Fernández Muñoz denuncia la lentitud e ineficacia de un sistema costoso; pero, ¿por qué todos estos defectos? Resulta que la responsabilidad —y los estudiantes bien lo saben— no tiene nada de un río tranquilo. ¿Quién es el autor del daño irrogado o el guardián de la cosa instrumento del daño? ¿Se está verdaderamente en presencia de un daño provocado por un producto de la salud o de un daño inherente a la asistencia médica? ¿El alea terapéutico está acaso caracterizado? ¿Se puede establecer verdaderamente un vínculo de causalidad? Tales preguntas —y tantas otras más— suscitan un debate para nada despreciable y, sin ir más lejos, generan costos importantes a toda la sociedad. La indemnización de los daños a la salud vía la responsabilidad civil conduce a un doble fracaso: un litigio largo y complejo, en aras de una indemnización decepcionante.

¿Acaso no se podría, finalmente, abandonar en este estadio la responsabilidad civil y acogerse a una indemnización automática, acoplada a una responsabilidad penal reforzada, para los casos que verdaderamente ameritan una sanción

al médico? También es posible, por otra parte, preguntarse si esta revolución copernicana, que podría inspirarse del modelo neozelandés, no se está operando insidiosamente. El desvío a través de la responsabilidad civil parece a veces artificial: solo sirve para designar a un pagador, el asegurador del responsable. Más allá de la diferencia entre socialización y colectivización del riesgo, si bien recordada por la autora, siempre habrá una forma de mutualización del daño. ¿Debemos entonces amarrar la indemnización a la responsabilidad o más bien virar hacia un sistema de indemnización automático? La cuestión de la financiación de los fondos es evidentemente compleja y es inseparable de otra problemática: la de los topes y la crisis del dogma de la reparación integral del daño. Igualmente, y siempre a propósito del financiamiento, los desarrollos de la obra relativos a las políticas de *risk management* deben llamar toda nuestra atención. La reflexión del jurista no puede en este punto ser ajena a un enfoque más global, y el capítulo 5 de la obra lo demuestra magistralmente.

El libro incita, por otra parte, a reflexionar sobre la difícil armonización entre los métodos de aseguramiento y el daño corporal. Como lo resaltan los capítulos 3 y 5, los aseguradores a duras penas prevén el monto de los daños potenciales, ya que los modelos estadísticos mal se adaptan a las incertidumbres inherentes a este tipo de perjuicio. Asimismo, una fuerte tendencia se diseña en tal sentido: tal vez debería distinguirse mejor los daños a la persona —mejor asumidos por los fondos de indemnización— de los daños a los bienes —que corresponden más a la lógica del seguro—.

Se habrá entendido: la obra de Mónica Lucía Fernández Muñoz nos lleva mucho más allá del terreno del aseguramiento obligatorio de la responsabilidad médica en derecho colombiano: sus *Ideas para una reflexión* son fecundas. Por nuestra parte, estas nos han invitado no solamente a observar nuestro derecho francés desde otro punto de vista, sino también a sondear sus mismas raíces, para medir a la vez su sorprendente vitalidad y sus incuestionables fragilidades. Esperamos que el resto de lectores de esta bella obra puedan, a su manera, entrever igualmente nuevas perspectivas en materia de responsabilidad médica.

Aude Denizot, Ph.D.

*Professeur agrégé en droit privé
Université du Maine (France)*

INTRODUCCIÓN**

Hoy en día, el seguro obligatorio de responsabilidad civil constituye sin duda una de las características más llamativas del derecho moderno de seguros; sin embargo, este mecanismo no siempre fue considerado así. La prohibición del seguro de responsabilidad civil, en sus inicios, estuvo sustentada por el rol de la culpa como fundamento tradicional de la responsabilidad, el cual imponía que la reparación de los daños estuviera necesariamente unida a la responsabilidad; en consecuencia, la idea de que se pudiera asegurar la responsabilidad del autor culposo de un daño y de esta manera liberarse de las consecuencias económicas de su conducta, trasladando su obligación de reparar a un tercero que nada tenía que ver con el hecho dañoso, era apreciada como moralmente inadmisibile¹, por lo que se estimaba que en todos los casos el responsable debía pagar esta deuda con su propio patrimonio.

Esta filosofía moralista e individualista, inspirada en una concepción de la responsabilidad civil como medio de sanción al culpable, que centraba su interés en el autor del daño y no en la víctima, comenzó a cambiar con el advenimiento de la Revolución Industrial, cuando la multiplicación de los accidentes ligados al desarrollo de técnicas poco controladas evidenciaron la insuficiencia de la

** La presente obra es producto del proyecto de investigación "Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate constitucional y los nuevos desarrollos de la economía del grupo GEPI (Grupo de Estudio en Derecho Privado y Propiedad Intelectual) en el marco de la Línea Constitucionalización y actualización del derecho privado nacional-estudio comparado.

1 Fernando Reglero, El seguro de responsabilidad civil, en *Lecciones de responsabilidad civil*. Navarra: Aranzadi, 2002.

responsabilidad subjetiva, en razón a la presencia de daños causados por la fuerza de las máquinas; se generó así que en la inmensa mayoría de los casos las víctimas se encontraban en la imposibilidad absoluta de probar el origen exacto del daño y establecer una culpa personal.²

Esta sensible modificación del pensamiento jurídico en torno a la concepción de la responsabilidad civil atribuyó poco a poco una mayor importancia al daño sufrido por una persona, pasando gradualmente de una concepción sancionatoria a una concepción resarcitoria.³ Igualmente, al desarrollarse la teoría del riesgo como nuevo fundamento de la responsabilidad, la culpa comenzó a ceder su terreno progresivamente y las reservas morales se dispersaron. De esta manera, la sustitución de un deudor del débito de reparación por un asegurador de responsabilidad no tuvo más ese carácter inmoral.

El desarrollo del seguro de responsabilidad civil a lo largo del siglo XX modificó no solo la fisonomía de esta institución, sino también sus principios, especialmente su función de indemnización, la cual se tornó prioritaria. Para hacer efectiva dicha reparación, el seguro de responsabilidad civil asumió, entonces, dos funciones preeminentes: por un lado, evitar que el responsable soportara las consecuencias pecuniarias del daño que hubiera causado; por otro, permitir que la víctima obtuviera la reparación de sus perjuicios cuando el autor del daño fuese identificado.⁴

De este modo, a partir del momento en que fue autorizado el seguro de responsabilidad civil⁵, este ha seguido el destino del derecho de la responsabilidad, adaptándose a su extensión a lo largo de todos estos años. Además, se ha presentado un desarrollo recíproco de ambas figuras, pues se estima que las potencialidades del seguro han permitido al legislador y a los jueces multiplicar las hipótesis de responsabilidad civil, en la medida en que, al repartirse el peso de la responsabilidad sobre todo el cuerpo social, el campo de la responsabilidad logra también expandirse.

Para la doctrina, algunas decisiones judiciales “dan el sentimiento de que los jueces han encontrado en la responsabilidad civil el medio para hacer cubrir un

2 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité*. París: LGDJ, 2008, p. 26.

3 Gianguido Scalfi, *Manuale delle assicurazioni private*. Milán: EGEA, 1994, 197.

4 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*. París: Dalloz, 2001, p. 23.

5 Henri Leon, Jean Mazeaud y Françoise Chabas, *Traité de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, vol. 3. París: Montchrestien, 1983, p. 185.

daño accidental a través de un seguro”.⁶ Otros autores consideran que el seguro es la clave de la metamorfosis que la institución de la responsabilidad civil ha venido sufriendo, pues sin él sería imposible comprender el sentido de aquellas tendencias actuales, las cuales, de uno u otro modo, utilizan el instrumento del seguro como ayuda para nuevas metas.⁷ Hoy en día, se acepta que una de las ventajas evidentes y considerables del seguro está representada en la satisfacción que da al sentimiento de equidad concebido por la conciencia contemporánea.⁸

Así pues, el estudio del seguro de responsabilidad civil y, especialmente, del seguro de responsabilidad civil médica constituye el contenido de esta obra, cuyo objetivo principal pretende dar respuesta a algunos delicados interrogantes relacionados con saber si este sistema de responsabilidad puede tener plena operatividad con el instrumento del seguro obligatorio o si, por el contrario, la exigencia de resarcir los daños causados al paciente puede ser enteramente confiada al instituto de la responsabilidad.

Estas inquietudes no son de poca monta en la medida en que es posible que, al ligar el seguro obligatorio a una responsabilidad que permanece fundada en la culpa, se esté corriendo el riesgo de evaporar la culpa, de liberar de responsabilidad al médico, iniciando una gran operación de mercado a favor de las compañías de seguros; o, al contrario, al dejar el resarcimiento confiado a la responsabilidad civil, se puede correr el riesgo de dejar a los médicos a merced de los jueces, poniendo en riesgo el favorecimiento de una medicina defensiva.

De tal modo, esta investigación intentó corroborar cómo una institución como el seguro de responsabilidad civil, paradójicamente criticada y de poderosa expansión, logra tutelar los intereses del paciente víctima de un daño médico; igualmente, analizar cómo la responsabilidad está requiriendo mecanismos que mitiguen el impacto de las condenas de responsabilidad y tiendan hacia un sistema enfocado en una mayor prevención, a través de mecanismos de gestión de riesgos que, como

6 André Tunc, *Responsabilité civile et assurance*, en *Hommage a hulde aan tribute to René Dekkers*. Bruselas: Bruylant, 1982, p. 346.

7 Antonio La Torre, *Responsabilidad y seguro*. Parte segunda, en *Revista Española de Seguros*, núm. 21, 1980, p. 25.

8 René Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, en Suzanne Carval, *La construction de la responsabilité civile*. París: PUF, 2001, p. 327.

se analizará más adelante, no constituyen un concepto negativo, no conducen a una medicina defensiva, ni atacan la autonomía médica y profesional.

Por otra parte, desde la perspectiva metodológica, la investigación que permitió dar lugar a la presente obra se enmarca en el paradigma hermenéutico interpretativo, con un enfoque esencialmente cualitativo, a través del empleo de métodos propios del citado paradigma epistemológico-metodológico, esto es, el método hermenéutico y la investigación teórica esencialmente. Estos fueron desarrollados principalmente a través de la técnica de indagación documental, que permitió llevar a cabo una adecuada triangulación metodológica y, de este modo, lograr la visualización del problema objeto de estudio desde diferentes perspectivas, aumentando la validez y consistencia de los hallazgos, es decir, de la estructura de la realidad conceptual resultante.

De este modo, el presente estudio, luego de una breve introducción en torno a las principales generalidades del contrato de seguro de responsabilidad civil, inicia dilucidando algunas de las críticas que se elevan sobre la expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto frente a la responsabilidad civil médica. Posteriormente, se analizan las causas de la presunta crisis del seguro de responsabilidad y la propuesta por un seguro directo; enseguida, se exploran los sistemas de aseguramiento obligatorio vigentes en Francia e Italia, áreas geográficas que por su incidencia y cercanía con nuestro sistema han sido escogidas para revisar sus desarrollos en esta temática. Finalmente, para el caso concreto de Colombia, esta investigación pretendió analizar la conveniencia o no de la consagración de un seguro obligatorio para el campo específico de la responsabilidad civil médica.

Así pues, entre otros aspectos, el estudio concluye que no obstante la realidad nos muestra una práctica del seguro de responsabilidad civil médica que ha ido evolucionando hacia la consagración de una obligación legal, Colombia aún no se encuentra preparada para dar este paso; pero en su reemplazo cuenta con los medios para ejercitar otros mecanismos que igualmente logran, de manera eficaz, proteger los intereses no solo de las víctimas de daños médicos, sino también de los médicos y las instituciones hospitalarias. Esta solución intenta respetar el aspecto humano de la responsabilidad civil, dada la imperiosa necesidad de crear en la sociedad el convencimiento de que médico y paciente no son terceros el uno respecto del otro, sino que, al contrario, deben mirarse como compañeros y aliados en la lucha contra un objetivo común: la enfermedad.

GENERALIDADES DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1

Caracterización general del contrato de seguro de responsabilidad

Los seguros son objeto de múltiples clasificaciones. Para el objetivo del presente escrito se retomará aquella cuya distinción reposa en el objeto del riesgo cubierto; se trata de la clasificación de que trata el artículo 1082 del Código de Comercio, según el cual los seguros pueden ser de daños y de personas.

En los seguros de personas, como su nombre lo indica, el objeto del riesgo cubierto es la persona misma. En esta clase de seguros se estima que el asegurador debe una prestación pecuniaria que presenta un carácter patrimonial.⁹ Por su parte, los seguros de daños tienen como objetivo otorgar protección en relación con un eventual daño patrimonial y se clasifican en reales o patrimoniales.

Los seguros reales recaen sobre cosas muebles o inmuebles y cubren el riesgo de una depreciación del activo del patrimonio¹⁰; ejemplo de estos son los seguros de incendio y hurto. Los seguros patrimoniales, en cambio, están dirigidos a proteger la integridad del patrimonio económico contra un posible detrimento que lo pueda afectar de manera desfavorable¹¹, es decir, esta clase de seguro garan-

9 Luc Mayaux, Assurance: généralités, en *Répertoire de Droit Civil*, junio, 2016, p. 48.

10 Luc Mayaux, *ibid.*

11 Efrén Ossa, *Teoría general del seguro. El contrato*. Bogotá: Temis, 1991, p. 63.

tiza contra el aumento del pasivo, por lo cual el seguro de responsabilidad civil (en adelante seguro RC) pertenece a esta última categoría.

Esta modalidad de aseguramiento se encuentra definida en el artículo 84 de la Ley 45 de 1990 (que subrogó el artículo 1127 del Código de Comercio) como aquel que impone, a cargo del asegurador, la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado como consecuencia de la responsabilidad en que este incurra, y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, a partir de lo cual esta se constituye en el beneficiario de la indemnización.

Respecto a la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales, más precisamente del daño moral, se ha estimado que la interpretación de la norma permite concluir que no está prohibido pactar la cobertura de esta clase de daño, pues ello resquebrajaría la estructura de la responsabilidad civil.¹² En consecuencia, se considera que para obtener mayor claridad sobre este aspecto, lo más adecuado es que el asegurador haga la exclusión respectiva y además se estipule o no, según el caso, la cobertura de manera explícita.

Esta definición resulta de gran importancia por cuanto superó la anterior concepción del artículo 1133 del Código de Comercio, que expresamente señalaba que el contrato de seguro de responsabilidad no era un seguro a favor de tercero, reduciendo a este a ser un simple beneficiario indirecto e imposibilitando igualmente la acción directa de la víctima contra el asegurador.

Este nuevo panorama resultó ser una consecuencia lógica de la definición del seguro RC, pues si este está llamado a atender el pago de las indemnizaciones que resulten en el marco de la responsabilidad civil, lo más razonable es que se pensara en una figura que permitiera tender un puente de conexión directa entre la misma víctima y el asegurador. Ante el apremio de la víctima, la acción directa permite simplificar la mecánica del seguro al imprimir agilidad y eficiencia a la respuesta¹³, permitiendo que sea el asegurador quien directamente atienda la reclamación. A través de la acción directa se sitúa a la víctima en el centro de atención del contrato de seguro.

12 Hilda Sornoza, El riesgo asegurable y los riesgos emergentes de las nuevas tecnologías, *Revista de Derecho Privado*, núm. 17, 2009, pp. 141-173.

13 Francisco Soto, EL seguro obligatorio y el seguro voluntario. Diferenciaciones y coincidencias, en *Boletín* nums. 1788-89, 1997, pp. 7-31. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2045053>

Así pues, son asegurables bajo esta figura tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual e incluso la culpa grave. Con respecto al aseguramiento de la culpa grave, es necesario resaltar que la interpretación del artículo 84 de la Ley 45 de 1990, en concordancia con el artículo 1055 del Código de Comercio, ha permitido concluir que la posibilidad de asegurar la culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario, constituye un campo exclusivo del contrato RC, pues en cualquier otra modalidad de seguro la culpa grave del asegurado no puede ser cubierta.¹⁴ Igualmente, se ha interpretado que en atención al contenido del artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador es libre de hacerse cargo o no de la culpa grave; es decir, dado que la culpa grave constituye un riesgo propio de la responsabilidad, la aseguradora debe pactar expresamente su exclusión, pues si no lo hace, ha de entenderse que la póliza la cubre, al ser la culpa grave un elemento integrante de la responsabilidad civil.¹⁵

De igual modo, el seguro RC es un seguro de daños con carácter indemnizatorio, cuyo objeto principal de la garantía es la deuda de responsabilidad que el asegurado tiene con la víctima, es decir, un pasivo.¹⁶ Es un seguro contra daño, en cuanto el interés tutelado es aquel de un posible daño patrimonial que el asegurado puede sufrir como consecuencia de una obligación de indemnización. El seguro RC no garantiza la persona del asegurado sino su actividad, garantiza al asegurado contra los riesgos que amenazan sus bienes o su fortuna y constituye un aseguramiento del patrimonio que presupone como siniestro no que se verifique un hecho material, sino la comprobación de una situación jurídica, esto es, la responsabilidad civil del asegurado.¹⁷

El seguro RC cumple una doble función de garantía: por una parte, la seguridad del asegurado responsable; por otra, la protección de la víctima. Se caracteriza, entonces, por tener en cuenta dentro de la relación contractual asegurador-asegurado a un tercero, parte acreedora de una indemnización, que por su situación de víctima amerita una protección particular.

14 Andrés Ordóñez, *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 18.

15 Carlos Ignacio Jaramillo, Del contrato de seguro en la legislación colombiana, en *Revista Ibero-Americana de Seguros*, núm. 1, 1992, p. 77.

16 Henri, Leon, Jean Mazeaud y Françoise Chabas, *Traité de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 186.

17 Carlo Felice, Assicurazione contro i danni, en *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Treccani, 2005, p. 16.

Entre los seguros de daños, se estima que el seguro de responsabilidad civil es el que presenta la estructura más complicada y el contenido más delicado, tal vez por su carácter que es necesariamente triangular, pues al lado del asegurador y del asegurado, se encuentra el tercero lesionado, que también desempeña un rol significativo.¹⁸

Al tratarse de un contrato a favor del asegurado mismo y con referencia a su eventual responsabilidad hacia terceros, el asegurador no es personalmente responsable del daño causado a la víctima y solo es deudor de la indemnización en razón de la obligación de garantía que nace del contrato. La finalidad del seguro RC es evitar que el responsable sea arruinado en su patrimonio por la deuda de responsabilidad que le es imputada.

En el seguro de responsabilidad existe, entonces, una particular conexión jurídica entre la deuda del asegurado con el tercero-víctima y la deuda del asegurador con el asegurado, la cual se ha explicado por la existencia de un vínculo implícito de la destinación de la indemnización asegurada al resarcimiento del daño causado al tercero, pues a diferencia del seguro directo de personas o de bienes, el seguro de responsabilidad cubre las consecuencias pecuniarias que recaen sobre una persona por los daños que ella ha causado.

El asegurador es un tercero dentro del proceso de responsabilidad iniciado por la víctima contra el asegurado responsable; sin embargo, se trata de un tercero que, de manera muy especial, se encuentra interesado en el resultado de dicho proceso, por cuanto, en definitiva, es quien asume el riesgo y debe soportar el peso de la indemnización.¹⁹

El riesgo de responsabilidad civil es por esencia jurídico²⁰; resulta de la aplicación de esta institución jurídica que permite a una persona, víctima de un daño, obtener la reparación del autor de este. El acceso de la víctima a dicha reparación está subordinado entonces al establecimiento de una responsabilidad jurídica. En el seguro RC, el evento asegurado implica así una intervención del asegurado

18 Herman Cousy, "La fin de l'assurance ? considérations sur le domaine propre de l'assurance privée et ses frontières", en *Droit et économie de l'assurance et de la santé*, en *Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*. París: Dalloz, 2002, p. 115; Claude Delpoux, Les assurances de responsabilité, en *Encyclopédie de l'assurance*. París: Economica, 1998, p. 751.

19 Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*. París: Dalloz, 2000, p. 15.

20 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*. París: Dalloz, 2001, p. 48; Claude Delpoux, Les assurances de responsabilité..., *op. cit.*, p. 753.

mismo, que, aunque no es voluntaria, es culposa y está en relación causal con el daño ocasionado.²¹

Se tiene entonces que mientras el asegurado es el titular del interés asegurable, en el seguro RC es aquella persona que, habiendo asegurado su patrimonio, puede ver a este último afectado por la posible ocurrencia de un siniestro por el que debe responder; la víctima, por su parte, es la persona que, ocurrido el siniestro, sufre un daño y, en consecuencia, es quien debe recibir la respectiva indemnización.

El asegurado puede tener además la condición de tomador del seguro y, como tal, tendría también la calidad de parte en el contrato. La víctima del siniestro, en cambio, no ostenta la calidad de parte en el contrato de seguro RC, sino de tercero que recibe la indemnización. De este modo, mientras el derecho del asegurado se deriva del contrato de seguro, el derecho de la víctima surge de la ocurrencia del daño.

La víctima cuenta de esta manera con la posibilidad tanto de ejercer la acción directa contra el asegurador como de demandar al asegurado; lo anterior, a condición de que no ejerza dichas acciones acumulativamente. Esta acción en cabeza de la víctima hace que adquiera los caracteres de una acción principal²², pues su ejercicio es autónomo e independiente.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el hecho de que la víctima sea considerada como beneficiario del seguro no significa que el asegurado no pueda reclamar al asegurador, pues lo puede hacer, pero siempre que haya pagado a la víctima la totalidad de los daños patrimoniales causados; si no ha sido así, el beneficiario del seguro sigue siendo la víctima y es quien tendría el derecho de reclamar ante la compañía aseguradora para lograr el pago de la totalidad de los perjuicios, dentro del límite del valor asegurado.

La víctima tiene pues la posibilidad de ejercer, dada la solvencia de la compañía aseguradora, una acción directa contra ella, la cual se convierte en la mejor garantía de su indemnización. Se trata de una acción autónoma, creada con el fin de que el seguro de responsabilidad cumpla su función social de protección de las

21 Herman Cousy, *La fin de l'assurance ?...*, *op. cit.*, p. 115.

22 Francisco Soto, *El seguro obligatorio y el seguro voluntario...*, *op. cit.*, p. 20.

víctimas, ya que afecta la indemnización del seguro a la reparación del perjuicio causado al tercero lesionado.

La acción directa ha adquirido una autonomía indiscutible con relación a la propia acción que el asegurado tiene frente a su asegurador; esta acción confiere a la víctima derechos más completos que aquellos que el asegurado posee en virtud del mismo contrato de seguro. El derecho de la víctima adquiere, desde su nacimiento, autonomía con relación al derecho del cual dispone el asegurado.

La acción directa es diferente de la acción oblicua, única acción que, según el derecho común, posee el tercero lesionado en caso de insolvencia o negligencia del autor del daño. La acción oblicua resulta inadecuada a la protección de los derechos del tercero lesionado, ya que tiene como único objetivo hacer que la indemnización del seguro entre en el patrimonio del responsable-asegurado, sin conferir ningún privilegio al crédito de reparación de la víctima, corriendo esta el riesgo de que dicha indemnización sea absorbida por el pasivo que grava el patrimonio del responsable. En tal entendido, la víctima puede verse privada del beneficio de la indemnización, por cuanto esta tiene por causa la acción de la víctima y por objetivo la indemnización de la víctima por el asegurado.²³

La acción directa ha sido reconocida expresamente por el sistema colombiano desde la Ley 45 de 1990, implícitamente por el sistema francés²⁴ y limitada a los eventos de seguro RC obligatorio por el derecho italiano.²⁵ En efecto, la Corte de Casación francesa, mediante fallo del 14 de junio de 1926, decidió que la Ley sobre seguros contra accidentes causados a terceros (28 de marzo de 1913) creaba implícitamente una acción directa, pues al establecerse una relación de derecho entre la víctima y el asegurador de responsabilidad, se obligaba a este último a conservar la suma prevista en el contrato a título de indemnización hasta que la persona respecto la cual el asegurado era responsable se desinteresara. La consecuencia necesaria de esta obligación era permitir que esta persona (víctima) reclamara directamente el pago al asegurador. Este fallo marcó el inicio de

23 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 48 ; Claude Delpoux, *Les assurances de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 31.

24 Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les effets de la responsabilité*. Paris : LGDJ, 2001, p. 637 ; Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 33.

25 Rosella Cavallo, *Responsabilità e assicurazione*. Milán: Giuffrè, 2004, p. 224; Mariano Hernández, *El seguro de responsabilidad civil ante la armonización del derecho europeo de contratos*, en coords. Santiago Espiau y Antoni Vaquer (coords.), *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 529.

una inexorable evolución de los derechos de la víctima en el seguro de responsabilidad, que finalmente terminó por consagrar la acción directa en el Código de Seguros (artículo L 124-3).

Por su parte, en Italia los seguros RC voluntario y obligatorio no tienen una regulación idéntica. El seguro RC voluntario previsto en el artículo 1917 del Código Civil impide la posibilidad de utilizar, por parte del perjudicado, la acción directa, la cual sí está prevista para los casos de seguro obligatorio. El perjudicado tiene a su favor, como regla general, únicamente el privilegio establecido en el artículo 2767 del Código Civil, en virtud del cual tendrá preferencia respecto de la suma indemnizatoria sobre el resto de acreedores. Se debe tener presente que en Italia esta acción se basa en un derecho propio y sustancial de la víctima, el cual deriva de la relación de aseguramiento obligatorio y es distinta de la acción que la misma víctima puede iniciar contra el responsable.

La introducción de la figura de la acción directa parecía la lógica consecuencia del desarrollo de un ramo del seguro en el que la posición del tercero perjudicado, anteriormente en la sombra, había impuesto la condición de céntrico de su papel. Pero el rechazo a admitir legalmente esta realidad se debía más bien al temor de que se podría desnaturalizar el seguro de responsabilidad, desviándolo del cauce tradicional del contrato limitado a las relaciones internas entre asegurador y asegurado, para transformarlo en una fuente de ventajas económicas, verdaderos y auténticos derechos para el tercero perjudicado; sin embargo, el fin primordial de la protección de la víctima hizo que se eliminaran todos los obstáculos al reconocimiento de la acción directa.²⁶

En Colombia, el legislador diferenció en el seguro RC dos fenómenos que en los demás ramos del seguro se suceden al mismo tiempo: la ocurrencia del siniestro y la exigibilidad de la obligación del asegurador. En efecto, en el seguro de responsabilidad la exigibilidad de la obligación del asegurador se produce únicamente cuando la víctima formula una reclamación al asegurado; en consecuencia, la prescripción extintiva de la acción contra el asegurador comienza a contarse desde ese momento posterior —la reclamación—, y no desde el momento mismo de ocurrencia del hecho externo imputable al asegurado.

26 Antonio La Torre, Responsabilidad y seguro..., *op. cit.*, pp. 25-52.

De este modo, se entiende que si el siniestro ocurre desde el momento en que acaece el hecho externo imputable al asegurado, a partir de esta fecha comienza a correr la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado, en cambio, la prescripción cuenta a partir de que la víctima le formula la reclamación judicial o extrajudicial.

Según la jurisprudencia constitucional²⁷, al no haber igualdad en la posición jurídica del asegurado y de la víctima en el contrato de seguro de responsabilidad, se explica por qué en el artículo 1131 del Código de Comercio (subrogado por el artículo 86 de Ley 45 de 1990) no se les otorgó un trato igual respecto del momento a partir del cual comienza a correr el término de prescripción. No obstante, esta diferencia de trato no ha sido considerada contraria a la Constitución por parte de la misma jurisprudencia.

Por otra parte, debe entenderse claramente que la responsabilidad y el seguro no están ligados de tal modo que la responsabilidad quede limitada al valor de la suma asegurada. En consecuencia, si la deuda de responsabilidad es superior al techo de garantía, el excedente queda a cargo del patrimonio del asegurado, cuya eventual insolvencia podría impedir la indemnización total a la víctima del daño.

En este orden de ideas, el asegurado suscriptor que pretende hacer garantizar su responsabilidad civil debe estar muy atento a la determinación de la actividad cubierta, a la naturaleza de la responsabilidad, a la determinación de las personas responsables cubiertas y a las condiciones de la garantía; de igual manera, deberá hacer mucho énfasis en la existencia de las denominadas cláusulas *claims made*,²⁸ inaceptables por su contrariedad con la finalidad del contrato de seguro RC.

En verdad, estas cláusulas, “inadmisibles en derecho y en equidad”,²⁹ son admisibles en nuestro país y constituyen una gran amenaza a los intereses de los asegurados. En efecto, la insuficiencia de la garantía puede originarse por muchas razones, entre ellas, el establecimiento de una limitación de la garantía, un techo de garantía (*plafond*) o una franquicia. A continuación se revisará brevemente la figura de la franquicia y posteriormente se detallará con mayor suficiencia la figura de las cláusulas *claims made*.

27 Corte Constitucional, Sentencia C-388 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

28 Para cuyo estudio se remite a nuestro ensayo: Mónica Fernández, Las cláusulas *claims made* en el contrato de seguro de responsabilidad civil, en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 4, n.º 2, 2002, pp. 213-245.

29 Yvonne Lambert-Favre, *Droit des assurances*. París: Dalloz, 2001, p. 480.

Recuérdese que generalmente el asegurador limita su garantía fijando en el contrato un *plafond* más allá del cual no está obligado a indemnizar (la mayor parte de los seguros de responsabilidad profesional se limitan de esta manera); sin embargo, es posible que se pacte un coaseguro obligatorio o una franquicia (*découvert obligatoire* o *franchise d'avarie* o *scoperto obligatorio* o *franchigia*, en Francia e Italia, respectivamente) a través de los cuales se logra que el seguro no provea a la indemnización total del daño y se busca que el asegurado se comprometa en la actividad de prevención del peligro. A través de cada uno de estos mecanismos, el asegurado está llamado a compartir el riesgo.

El coaseguro significa un riesgo convencionalmente compartido entre el asegurador y el asegurado; por ejemplo, el asegurador asume el 80% y el asegurado el restante 20%, debiendo distribuirse la pérdida en la misma proporción. La franquicia, por su parte, es aquel nivel contractual de pérdida por debajo del cual ninguna indemnización es reconocida por el asegurador. En un contrato de seguro con cláusula de franquicia, si la pérdida no sobrepasa el monto de la franquicia, ninguna indemnización es pagada por el asegurador.

La franquicia es, entonces, la primera parte del daño que ha de soportar el asegurado en virtud de expresa estipulación del contrato, y puede ser deducible o no deducible. Es deducible cuando el asegurado debe cargar con la primera parte del daño y el asegurador con el excedente. Y es no deducible cuando el asegurador debe cargar con la totalidad del daño si su valor excede la franquicia estipulada. Así, si se estipula una franquicia del 1% del valor asegurado (\$500.000), para que el daño sea indemnizado en su totalidad por el asegurador debe exceder de ese 1%, o sea, debe ser superior a \$5000; si el daño no supera esa suma, debe absolverlo el asegurado. Gracias a la franquicia, es posible no tomar en consideración siniestros de un monto inferior a una suma previamente determinada; solo los siniestros por encima de ella serán entonces garantizados. Debido a ello, se ha estimado que es posible que se trate de exagerar los daños “pequeños”, a fin de recibir una indemnización integral. Sin embargo, para evitar esta maniobra, los contratos pueden prever una franquicia única que es deducida de la indemnización sin importar la gravedad del siniestro.³⁰

30 Yvonne Lambert-Faivre, *Droit des assurances...*, op. cit., p. 402; Efrén Ossa, *Teoría general del seguro...*, op. cit., p. 245; Christian Gollier, *Franchise, Risques*, n.º 17, 1994, p. 73.

La doctrina francesa distingue tres clases de franquicia: *franchise relative* (conforme la cual los siniestros cuyo monto es inferior a la franquicia quedan a cargo del asegurado), *franchise absolue* (es la más corriente y corresponde al monto que será deducido de la indemnización a pagar, cualquiera sea el monto de la indemnización) y la cláusula de *découvert obligatoire* (según la cual el asegurado es su propio asegurador respecto una suma determinada; esta cláusula obliga al asegurado a tener a su cargo una parte del daño).³¹

Para la doctrina italiana, por su parte, el pacto de una franquicia en total desproporción con el tipo de cobertura y la prohibición para el asegurado de contratar otro seguro con otra compañía para cubrir la parte del daño que queda a su cargo es considerado como abusivo, por no tener presente los legítimos intereses del contratante débil, por ir contra el régimen de libertad de mercado de los seguros limitando la competencia entre empresas y, finalmente, por restringir la libertad contractual del asegurado. Una franquicia así, no proporcional al tipo de cobertura a la cual, se refiere se considera entonces abusiva al provocar para el asegurado un desequilibrio significativo de sus propios derechos y obligaciones respecto al asegurador.³²

Así pues, la insuficiencia de la garantía genera problemas particulares sobre todo en el caso de concurso de varias víctimas de un mismo hecho dañoso, ya que estas deben ser indemnizadas pero solo en la medida de la garantía disponible. Por lo tanto, toda víctima cuyo crédito de responsabilidad es parcialmente cubierto por la garantía del asegurador dispone, respecto al excedente de la deuda, de una acción de responsabilidad contra el responsable del daño, el cual, agotado el seguro, tendrá que ser indemnizado con el patrimonio personal.

Del principio indemnizatorio

Este principio es considerado como un principio esencial del seguro de daños que lo distingue fundamentalmente del seguro de personas, y se justifica por el deseo de evitar la ocurrencia de siniestros voluntarios y de eliminar cualquier idea de especulación por parte del asegurado.³³

31 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 284.

32 Ibid., p. 65.

33 Catherine Caillé, *Assurance de dommages*, en *Répertoire de droit civile*, 2016.

Como se indicó anteriormente, el riesgo asegurado en el seguro RC es el daño sufrido en el patrimonio del responsable, es decir, está representado por el nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños ocasionados por un hecho previsto en el contrato y de cuyas consecuencias sea civilmente responsable.³⁴

Dado que el seguro de daños se concibe con el objetivo de reparar el daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable como consecuencia del siniestro, restablecer el equilibrio económico roto por la realización del riesgo asegurado e indemnizarlo, la función específica del contrato de seguro RC es la de liberar el patrimonio del asegurado de la obligación de resarcimiento.

El contrato de seguro RC garantiza las consecuencias de la responsabilidad del asegurado; de este modo, tanto la responsabilidad de derecho común contractual o extracontractual como una responsabilidad especial —excepto la responsabilidad penal— pueden ser garantizadas mediante este contrato. En principio, el contenido de la responsabilidad que se garantiza a través del seguro está sujeto a lo que determinen las partes, salvo cuando se trata de un seguro obligatorio; en consecuencia, el asegurado debe velar porque el contenido de la responsabilidad garantizada sea acorde a sus necesidades.

Así pues, los seguros de daños se caracterizan por estar basados en el “principio indemnizatorio”, de acuerdo con el cual la obligación esencial del asegurador es indemnizar al asegurado, es decir, dejarlo indemne de los daños producidos en el interés asegurado del que es titular, a consecuencia de la ocurrencia del riesgo previsto en el contrato o siniestro; es decir, este principio significa que el asegurado no debe enriquecerse gracias al seguro, sino solamente ser protegido en su patrimonio por las pérdidas que ocasiona a la víctima. En consecuencia, el monto del daño sufrido constituye el límite extremo de la indemnización que paga el seguro.³⁵

Este principio indemnizatorio se encuentra consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, conforme al cual los seguros de daños son contratos de mera indemnización y jamás pueden constituir para el asegurado fuente de enriquecimiento. Este principio implica, entonces, hacer una evaluación del

34 Francisco Alonso, *Derecho mercantil de contratos*. Pamplona: Civitas, 2011, p. 213.

35 Catherine Caillé, *Assurance de dommages...*, *op. cit.*

daño; dado que la indemnización no puede sobrepasar ese valor, el seguro no puede excederlo.

Si bien la norma prohíbe toda posibilidad de enriquecimiento para el asegurado, no impone a cargo del asegurador la plenitud de la indemnización.³⁶ Esta puede comprender el daño emergente o parte de él, y por virtud del citado artículo 1088, el lucro cesante no se entiende asegurado, salvo que las partes así lo expresen. Esto significa que con la sola reparación del daño efectivo el seguro cumple su función protectora, pues no importa cuál sea la suma asegurada, ya que esta se concibe como límite de la prestación indemnizatoria a cargo del asegurador y como base para la determinación de la prima a cargo del asegurado. De ahí pues el contenido del artículo 1089 del Código de Comercio y la importancia de suscribir un seguro adecuado al valor del interés asegurable, sobre todo porque en los seguros patrimoniales generalmente este interés no es susceptible de estimación previa en dinero, por lo cual la suma asegurada debe ser estipulada libremente por los contratantes.

La figura de la subrogación del asegurador es un desarrollo del principio indemnizatorio de los seguros de daños; es una institución dirigida a apuntalar el carácter indemnizatorio de esta clase de seguros. En efecto, en esta clase de seguros se reconoce al asegurador que haya pagado la indemnización prevista en el contrato el derecho de subrogación en la posición del asegurado, frente a las personas responsables de la pérdida indemnizada en virtud del seguro y hasta el límite de la indemnización.³⁷ La subrogación genera, a favor del asegurador, acción de responsabilidad contra la persona causante del siniestro.

La subrogación es concebida entonces como el derecho del asegurador a suceder al asegurado en sus derechos contra el responsable del siniestro. Así, el asegurador que indemniza ocupa *ipso jure* el lugar del asegurado frente al tercero responsable de la pérdida indemnizada. Esta figura fue creada para evitar que se produjera un enriquecimiento sin causa, no solo a través de la contravención del carácter indemnizatorio del contrato, cuando el asegurado obtuviera un provecho del seguro, sino también a través de una contravención al principio de relatividad de los efectos del contrato, cuando el responsable quedara exento de sanciones

36 Efrén Ossa, *Teoría general del seguro*, op. cit., p. 182.

37 Francisco Alonso, *Derecho mercantil de contratos...*, op. cit., p. 213.

civiles y, de este modo, obtuviera una utilidad del contrato de seguro del que no ha formado parte.³⁸

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la subrogación opera con cierta especificidad en el seguro de responsabilidad; de este modo, si la responsabilidad a cargo del asegurador proviene de la responsabilidad directa del asegurado, la subrogación es inoperante por sustracción de materia, no habría tercero responsable. Pero si encuentra su origen en la responsabilidad indirecta, la subrogación sí es viable.³⁹ Igualmente, se reconoce al asegurador el derecho a repetir contra el asegurado en el evento que el daño causado al tercero sea debido a la conducta dolosa de aquel. Lo anterior, teniendo en cuenta que los actos dolosamente provocados se excluyen del ámbito de la cobertura del seguro RC; por lo tanto, donde haya habido una voluntad consciente y maliciosa de causar un daño por parte del asegurado, se justifica el derecho de repetición.

Condiciones para la puesta en marcha de la garantía

La puesta en marcha de la garantía puede iniciar por el hecho del asegurado o de la víctima, quien dispone de una acción directa contra el asegurado; pero, en todo caso, la obligación del asegurador está subordinada a que la responsabilidad del asegurado haya sido establecida.

El establecimiento de dicha responsabilidad puede acaecer por distintas vías; sin embargo, debe tenerse en cuenta que como medida de protección del asegurador, se considera peligroso para la compañía que el asegurado reconozca su responsabilidad, pues una vez ello es hecho, el asegurador no podría rebatirlo ni amigablemente ni en justicia. Además, se considera que podría haber un riesgo de colusión fraudulenta entre el asegurado y la víctima. Por este motivo, es posible que el asegurador estipule que cualquier reconocimiento de la responsabilidad (o cualquier transacción realizada sin su intervención) no pueda serle oponible y, en consecuencia, pueda discutir en justicia la responsabilidad de su asegurado; sin embargo, esta prohibición debe quedar expresamente señalada en la póliza.

Ahora bien, como la responsabilidad del asegurado puede ser establecida a través de una decisión judicial como resultado de un proceso oponible a la

38 Efrén Ossa, *Teoría general del seguro...*, p. 177.

39 *Ibíd.*, p. 182.

víctima, la decisión condenatoria del asegurado constituye para el asegurador la realización del riesgo garantizado en el contrato; por lo tanto, es perfectamente comprensible el interés del asegurador en el resultado del proceso, y por esta razón puede reservarse el derecho de dirigir el proceso.

La cláusula de dirección del proceso otorga ciertos poderes al asegurador en la medida en que puede decidir las medidas a ejecutar. En efecto, puede elegir el abogado, los medios de defensa, puede llamar a un tercero en garantía, decidir las vías para el recurso; y el asegurado no puede oponerse y debe soportar, por ejemplo, las consecuencias del recurso de apelación interpuesto, incluso si se traduce en una condena más grande que sobrepasa el *plafond* de garantía.⁴⁰

La reforma hecha por la Ley 45 de 1990 representa, sin duda, un cambio significativo al artículo 1133 del Código de Comercio, que impedía tajantemente que la víctima ejerciera la acción directa contra el asegurador; por lo tanto, la atribución de dicha acción se convierte en una de las principales manifestaciones de la evolución del seguro RC. Es importante tener en claro que la víctima solo puede pretender lo que por derecho obtendría el asegurado y que la prosperidad de su pretensión exige que la responsabilidad civil del asegurado deba establecerse, bien sea mediante decisión judicial o por reconocimiento directo del asegurador de su obligación con la víctima, ya que es requisito indispensable para que opere el seguro.

En ejercicio de la acción directa, la víctima podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización por parte del asegurador. El juez, para condenar a la compañía aseguradora, debe entonces declarar no solo que el asegurado ha incurrido en responsabilidad, sino también que dicha responsabilidad se encuentra cubierta por el seguro.

La Ley 45 de 1990 atribuyó a la víctima el carácter de beneficiario de la indemnización; en consecuencia, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 1044 del Código de Comercio, al beneficiario le son oponibles, salvo excepción en contrario, todas las excepciones que el asegurador pueda formular contra el tomador o asegurado; por ejemplo, inexistencia del seguro, nulidad o extinción de este, exoneración de la responsabilidad por causa extraña, entre otras.

40 Catherine Caillé, Assurance de dommages..., *op. cit.*

En este orden de ideas, el asegurador puede oponer las excepciones propias del contrato de seguro no solo frente al asegurado, sino también frente la víctima, lo que permite que el contrato otorgue un mismo derecho con prescindencia de quien formule la reclamación, evitando de este modo que el asegurador repita contra el asegurado los pagos realizados a la víctima.⁴¹

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que al no haberse consagrado excepciones a la aplicación del principio de la comunicabilidad de las excepciones, la víctima en acción directa, al asumir el carácter de beneficiario del seguro RC, no puede sustraerse a ninguna de las excepciones que el asegurador le pueda oponer. Esta circunstancia ha hecho concluir que la protección que la acción directa pretendía otorgar a las víctimas se ve disminuida, dado que ellas estarán expuestas a todas las excepciones que podrían oponerse contra el tomador y contra el asegurado, sin ninguna restricción.⁴² Sin embargo, hay que considerar también que la víctima debe contar con el cumplimiento de los hechos constitutivos del derecho que esgrime.⁴³

La garantía en el seguro de responsabilidad civil

El siniestro o hecho dañoso puede articularse en varias fases, tal como puede ocurrir en el caso de la responsabilidad civil de los médicos, donde es posible que pueda transcurrir un periodo entre el momento que se verifica el hecho idóneo a producir el daño y el momento en el que el daño se produce o manifiesta —esto es, desde el momento en que se lleva a cabo la intervención quirúrgica sin la cautela requerida hasta el momento en que el paciente desarrolla una grave infección—. Este hecho ha causado el desarrollo de cláusulas contractuales que no solo permitan determinar con certeza el momento del siniestro, sino además que pongan límites al resarcimiento del daño. Así, el primer problema se ha resuelto

41 Juan Manuel Díaz-Granados, El seguro de responsabilidad civil en Colombia, en *Revista Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario*, n.º 561, 1993, pp. 5-22.

42 Andrés Ordóñez, *El contrato de seguro. Ley 389 de 1997 y otros estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 150; Andrés Ordóñez, *Elementos esenciales...*, op. cit., p. 67; Hilda Sornoza, El riesgo asegurable..., 12.

43 Francisco Soto, El seguro obligatorio..., op. cit.

a través de las cláusulas denominadas *claims made* y el segundo, a través de la previsión de máximos para el caso de daños en serie.⁴⁴

Tanto en España como en Colombia se consideran lícitas las cláusulas *claims made* o cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, por cuya virtud estos se circunscriben a periodos determinados dentro de los cuales se produzca la reclamación por parte del perjudicado.⁴⁵ En Francia, al contrario, el evento ha sido objeto de variadas revisiones, como se verá a continuación.

Si bien la extensión de la garantía en el espacio no tiene dificultad, la cuestión de su extensión en el tiempo ha generado un sinnúmero de críticas, y luego de un largo itinerario recorrido, la jurisprudencia francesa tomó posición frente a las cláusulas *claims made*. Así, después de haber admitido la validez de ellas en defensa de la libertad contractual, en 1985 terminó condenándolas luego de haberlas declarado inoponibles a las víctimas y nulas.

Así, a través de varios fallos, la Corte de Casación francesa declaró nula aquella cláusula que subordinaba la garantía del asegurador a que la reclamación de la víctima fuera presentada durante el periodo de validez del contrato, afirmando que el pago de las primas durante el periodo comprendido entre la celebración del contrato y su expiración tenía como contrapartida necesaria la garantía de los daños originados por un hecho ocurrido durante dicho periodo. En consecuencia, se consideró que la cláusula dirigida a privar al asegurado del beneficio del seguro en razón a un hecho que no le era imputable —esto es, la reclamación de la víctima— creaba una ventaja ilícita en provecho de la aseguradora que habría recibido primas sin contrapartida.⁴⁶ Esta condena fue generalizada para todos los tipos de cláusulas que establecían una extensión en el tiempo de la garantía del asegurador y resultó de ella que el único criterio para establecer el siniestro residía en que el hecho dañoso ocurriera durante el periodo de validez de la garantía.

El objetivo de esta decisión era evidentemente preservar los intereses de las víctimas y de los asegurados, por lo cual fue duramente criticada por los aseguradores, pues sin importar la fecha de la reclamación, desde la producción del

44 Antigono Donati y Giovanna Volpe Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazione*. Milán: Giuffrè, 2002, p. 178.

45 Francisco Alonso, *Derecho mercantil de contratos...*, op. cit., p. 213.

46 Cass. 1er. Civ., 19 de diciembre, 1990, n.º 88-12.

hecho dañoso eran obligados a garantizar las consecuencias de este; es decir, poco importaba que el contrato se hubiese terminado. Esta situación tornaba, de acuerdo con los aseguradores, prácticamente inasegurables los riesgos cuyos efectos dañinos se manifestaban tardíamente, como, por ejemplo, la contaminación postransfusional, la enfermedad de la vaca loca, los daños derivados del amianto o asbesto.⁴⁷

En 2003, el legislador francés reguló finalmente la materia a través de la ley de seguridad financiera⁴⁸, otorgando una definición de siniestro a efectos de poder determinar las reglas relativas a la extensión de la garantía en el tiempo. Esta ley es aplicable para los siniestros ocurridos después de su entrada en vigencia; por lo tanto, aquellos ocurridos con anterioridad deben regirse por la jurisprudencia. Esta norma realiza una precisión importante cuando establece que el hecho dañoso es aquel que constituye la causa generadora del daño. Así pues, en el conflicto entre la jurisprudencia y los aseguradores, el legislador decidió a favor de los aseguradores, restaurando el principio de libertad de las partes para escoger el evento desencadenante de la garantía. Sin embargo, se trata de una libertad controlada, pues las partes son, en principio, libres de elegir entre el hecho dañoso o la reclamación de la víctima; pero esta opción solo es permitida en los contratos de aseguramiento profesional y aquellos suscritos por las personas jurídicas. En consecuencia, para aquellos contratos que cubren la responsabilidad de las personas físicas por fuera de su actividad profesional, la garantía se desencadena siempre por el hecho dañoso.⁴⁹

En Colombia, por su parte, las cláusulas *claims made* fueron aceptadas en 1997 a través de su consagración en la Ley 389, la cual admitió el aseguramiento de la responsabilidad civil bajo el concepto de las cláusulas *claims made* o ‘reclamo hecho’. Con estas cláusulas se vincula la cobertura del seguro a la reclamación que la víctima realiza a la aseguradora por la vía de la acción directa o al asegurado de manera judicial o extrajudicial, siempre que lo haga dentro de la vigencia de la póliza o dentro de un término posterior, pudiendo incluso indemnizarse hechos ocurridos en el pasado de los cuales el asegurado no tenga conocimiento.

47 Catherine Caillé, *Assurance de dommages...*, *op. cit.*, n.º 213.

48 Loi n.º 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière.

49 Code des assurances, art. L. 124-5, al. 1^{er}.

La aceptación de estas cláusulas en el sistema colombiano generó varias críticas por la posible vulneración de los derechos de los asegurados que podrían traer consigo, y en beneficio de los intereses de las compañías aseguradoras. Estas cláusulas se concibieron como una forma de limitación de la cobertura y el artículo 4 de la Ley 389 de 1997 señala las modalidades posibles que bajo esta figura se pueden pactar; la más rigurosa de ellas es aquella que exige que la cobertura dependa no solo de que el hecho dañoso suceda dentro de la vigencia del contrato, sino además de que el reclamo se realice dentro del mismo lapso.

La primera gran crítica dirigida contra esta modalidad de aseguramiento se relaciona con la validez de las cláusulas, en la medida en que se considera que estas pueden ser eventualmente lesivas para los intereses tanto del asegurado como del beneficiario.⁵⁰ En efecto, desde 1991 ya el Tribunal Supremo español se había pronunciado sobre esta clase específica de cláusula, manifestando que cuando se limitaba el cubrimiento a la exigencia de que tanto el hecho dañoso como la reclamación de la víctima se realicen en el periodo de vigencia del contrato, esta estipulación resultaba lesiva para el asegurado y, en consecuencia, afectaba su eficacia, con el consiguiente efecto de nulidad que ello comportaba. En efecto, con este tipo de cláusula el seguro podía dejar de ofrecer la seguridad que le es propia.

Y este problema se vuelve más evidente en aquellos casos donde se logra configurar el denominado *vacío de cobertura temporal*, no obstante el asegurado haya contratado ininterrumpidamente su seguro con distintas aseguradoras.⁵¹ En estos eventos, el asegurado puede encontrarse con que el siniestro no es cubierto bajo ninguno de los contratos que ha suscrito de manera ininterrumpida, y al quedar viva la responsabilidad civil, es él —no la aseguradora— quien debe hacer frente a la indemnización del daño.

Entre las críticas que han sido continuamente elevadas contra la consagración de las cláusulas *claims made* resalta aquella que las califica como abusivas, debido al claro atentado que contra los intereses de los asegurados se puede eventualmente producir, por la asimetría en las prestaciones del contrato y por el abuso de la posición dominante que de ellas se deriva, máxime cuando la aseguradora no resulta obligada al pago de la indemnización, pese a haber recibido el pago de las primas respectivas.

50 Mónica Fernández, Las cláusulas *claims made*..., *op. cit.*, p. 225.

51 *Ibíd.*, p. 231.

LA EXPANSIÓN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU EFECTO EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El seguro de responsabilidad civil junto a otras formas de colectivización de la responsabilidad

Los fenómenos de socialización y colectivización corresponden a nociones distintas: la *seguridad social* es el prototipo de la primera y el *seguro de responsabilidad civil* lo es de la segunda. La *socialización* es la dilución del peso económico del perjuicio en el seno del grupo social y se realiza a través de procesos de reparación independientes de la responsabilidad civil, los cuales organizan la dilución de los riesgos entre una vasta mutualidad, repartiendo la carga de la reparación entre un gran número; por ello, la seguridad social resulta ser el arquetipo de la socialización, dado que su función es asegurar a las víctimas, fuera o independientemente de todo sistema de responsabilidad, una mínima reparación de los atentados a su salud e integridad corporal. Por su parte, la *colectivización* —de la cual el seguro RC es su prototipo— consiste también en diluir la carga de la reparación pero entre una colectividad reducida; por lo tanto, en principio, solo son llamados a contribuir los individuos directamente relacionados con la creación del riesgo. De acuerdo con su principio rector, es justo que las colectividades que introduzcan riesgos en la vida social o que recojan los beneficios de una actividad reparen los daños causados por su hecho; así, la colectivización organiza la

repartición de la carga de la indemnización entre el conjunto de miembros de la colectividad generadora de daños, es decir, reparte el riesgo en el interior de una colectividad determinada por su relación con la causa de los daños.⁵²

Desde hace muchos años se empezó a hablar del estado de crisis en que se encontraba el derecho de la responsabilidad civil, debido a la incursión de estas dos instituciones que modificaron profundamente su funcionamiento tradicional, pusieron en tela de juicio sus funciones y contribuyeron a su declive en los países industrializados, esto es, la seguridad social y el seguro.⁵³

Responsabilidad y solidaridad, responsabilidad y seguro: se trata de instituciones totalmente distintas. En efecto, mientras el derecho de la responsabilidad civil concierne a la reparación de un daño infligido ilegalmente a alguien, en su persona o en su propiedad, la seguridad social asegura una protección más amplia, ya que ampara la persona contra todos los daños sufridos con ocasión de una conducta ilegal o de un accidente, y la solidaridad sobrepasa la indemnización misma de los daños cuando, por ejemplo, protege a las personas contra la falta de recursos debido a la edad.

La responsabilidad y la solidaridad difieren ampliamente en su filosofía⁵⁴: la primera tiende a compensar un daño causado ilícitamente; la segunda pretende atenuar las consecuencias de un daño, de una enfermedad, de una fatalidad, sin importar cuál sea su fuente. Sin embargo, se ha dicho que esta última vuelve menos esencial a los intereses de la víctima la aplicación de la responsabilidad civil, sobre todo en lo atinente a los daños accidentales estadísticamente inevitables. En verdad, siempre se dudó de que a través de las reglas de la responsabilidad, fundadas en la culpa, se pudiera indemnizar este tipo de daños.

Seguridad social y seguro son dos conceptos distintos, donde el elemento diferenciador entre las dos clases de aseguramiento es la falta de automatismo de la garantía del seguro RC, pues mientras en el seguro social es suficiente con encontrarse en las condiciones previstas en la ley para hacer efectiva la garantía,

52 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 5.

53 Louis Josserand, La evolución de la responsabilidad civil, en *Cinco conferencias*. Bogotá: Univesidad La Gran Colombia, 1943, p. 31; André Tunc, *La responsabilité civile*. París: Economica, 1989, p. 7. André Tunc, Responsabilité, assurance et solidarité sociale dans l'indemnisation des dommages, en *Etudes de droit contemporain. VIIIème congrès international de droit comparé*. Pescara, 1970, p. 65.

54 André Tunc, *La responsabilité civile*, op. cit., p. 22.

esta particularidad está ausente en el seguro RC. Sin embargo, en el seguro RC obligatorio, como el de accidentes de tránsito, este inconveniente se resuelve a través de un sujeto distinto obligado a la prestación, esto es, el fondo de garantía. En efecto, para los casos de víctimas de vehículos fantasmas o de vehículos no asegurados, por lo regular la empresa aseguradora no está obligada a reparar los daños, pues esta obligación es asumida por otro ente poseedor de todas las características del seguro social, a saber: el fondo de garantía. Así pues, ni siquiera donde subsiste la obligación legal de asegurarse, el seguro RC se asimila a los seguros sociales.⁵⁵

La responsabilidad y el seguro también son instituciones diferentes, pero al tiempo estrechamente concurrentes.⁵⁶ Se trata de dos fenómenos distantes en su contenido, fundamento, instrumentación y finalidad, pero que con el tiempo han podido combinarse hasta casi convertirse en el conocido “binomio indisoluble”. En efecto, en lo concerniente al contenido, mientras que la responsabilidad se concreta en una obligación de resarcimiento del daño causado, el seguro se sustancia en una obligación de reembolso de las consecuencias dañosas de un siniestro del que no se es responsable.

Respecto a su fundamento, para la responsabilidad este consiste en el hecho del hombre que causa daño a otro por culpa; por su parte, para el seguro, el fundamento se circunscribe al riesgo de meros eventos accidentales o de pura suerte y del que por ello se excluye la idea de culpa. Finalmente, en lo que toca la instrumentación y la finalidad, la responsabilidad opera como reacción individual al daño y se dirige a trasladar la incidencia de este de quien lo ha sufrido a quien lo ha ocasionado; por su parte, el seguro obra en función de la garantía colectiva contra el riesgo de eventos dañosos.⁵⁷

El seguro, cuyo origen es cristiano, inspirado por el espíritu de la caridad, al tener como objetivo la ayuda al individuo a través de la colaboración voluntaria

55 Daniele de Strobil, *L'assicurazione di responsabilità civile*. Milán: Giuffrè, 1998, p. 17.

56 André Tunc, Responsabilité civile et assurance, en *Hommage a hulde aan tribute to René Dekkers*. Bruselas: Bruylant, 1982, p. 343; Aldo Carnevale y Armando Colagreco, Il fenomeno assicurativo dalle origini ai nostri giorni, en *Rivista Italiana di Medicina Legale*, n.º 103, 1999, p. 1019; Luca Buttaro, Assicurazioni, en *Enciclopedia del diritto*. Milán: 1958, p. 427.

57 Antonio La Torre, Responsabilidad y seguro..., *op. cit.*, p. 26.

de sus semejantes⁵⁸, en sentido técnico es entendido como una cautela de quien quiere garantizarse contra un riesgo, por lo que es un criterio económico y no moral. La responsabilidad, por su parte, es una sanción patrimonial a quien incurre en culpa, por lo que es un criterio moral y no económico. Una y otro son técnicas de reparación del daño, pero mientras la responsabilidad, por regla general, pretende hacer asumir a una persona la carga del daño, el seguro pretende repartir dicha carga lo más que se pueda, a fin de que se torne lo más ligera posible para aquellos que tienen que soportarla.

El seguro otorga a la responsabilidad civil un poderoso apoyo, ya que garantiza la eficacia de la obligación de compensar el daño cuando dicha compensación es superior a los recursos de que dispone el responsable; también ha sido considerado como un instrumento viable para garantizar una reparación a la víctima del daño y asegurar la tranquilidad del ejercicio profesional. Para el caso del ejercicio de la medicina, se estima que el seguro ha llevado al médico a actuar más fácilmente a favor del paciente, aumentando su rendimiento, ya que una indemnización de gran monto pagada personalmente por él podría arruinarlo, transformando al causante del daño en otra víctima, a no ser que esté capacitado económicamente para responder por los costos de las condenas civiles de indemnización.⁵⁹

Solo a través de un lento proceso de transformación de los presupuestos de la responsabilidad se ha llegado a una moderna configuración del seguro RC como elemento de cobertura imprescindible para el desenvolvimiento de la actividad económica. En verdad, su poderosa expansión se debe a que es solicitado sin cesar ante la urgencia de cubrir la creciente red de riesgos que va extendiéndose sobre la civilización moderna.⁶⁰

El seguro de responsabilidad, en sus inicios, luego de superar todos los obstáculos que se concibieron para argumentar su inadmisibilidad, fue concebido como un sistema cerrado, pero después sufrió una transición gradual

58 Charles Saintelette, La validité de l'assurance: De la responsabilité et de la garantie, 1884 (extraits), en Suzanne Carval (coord.), *La construction de la responsabilité civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 312.

59 Julio Meirelles *et al.*, *Error médico*. Buenos Aires: IB de F, 2002, p. 145.

60 Guido Gentile, Responsabilità civile e assicurazione, en *Responsabilità civile e assicurazione (primo convegno per la trattazione di temi assicurativi. Perugia, 18-19 settembre 1957)*. Milán: Giuffrè, 1958, p. 9.

y natural hacia el sistema abierto, resultado de lo cual se estableció una estrecha vinculación entre la responsabilidad y el seguro.⁶¹ En efecto, como sistema cerrado, el seguro protegía exclusivamente los intereses del responsable, cuyo patrimonio era el único que se garantizaba frente al tercero, por lo cual el tercero-víctima permanecía extraño al contrato. Esta estrecha visión del sistema conducía a que se mantuvieran separados los fenómenos del seguro y la responsabilidad. En cambio, gracias a su transformación como sistema abierto, el tercero comienza a disfrutar de protección como resultado natural y previsible al que tuvo que llegar el desarrollo mismo del seguro RC, en cuanto debía permitir que emergiera la figura del tercero perjudicado, legitimado para recibir y reclamar el pago de la indemnización.

Así pues, actualmente el seguro RC es ampliamente utilizado para cubrir toda clase de responsabilidades, excepto la que deriva de la culpa intencional o dolosa⁶², es de corriente utilización entre los profesionales y se ha convertido en el arquetipo de la colectivización de la responsabilidad.

La culpa frente a la difusión del seguro de responsabilidad civil

El principio según el cual cada quien es responsable del daño causado por su culpa fue admitido por todos los países que sufrieron la influencia jurídica francesa, entre ellos Colombia. Este principio de *la responsabilidad por culpa* tiene en Occidente un valor casi universal:

Juristas y no juristas consideran que es el fundamento justo de la indemnización de los daños que una persona puede sufrir en la sociedad por el hecho de otra persona; de otra parte, consideran que es un fundamento de orden social al disuadir a cada uno de cometer culpas. De este modo, el principio responde de manera satisfactoria a las dos grandes funciones de la responsabilidad civil: reparación y prevención.⁶³

61 Antonio La Torre, Responsabilidad y seguro..., *op. cit.*, p. 33.

62 Claude Delpoux, Les assurances de responsabilité..., *op. cit.*, p. 764; Carlos Schiavo, El contrato de seguro de responsabilidad civil profesional médica, en Óscar Garay (coord.), *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 984; Alberto Polotti, La copertura assicurativa in campo medico, en *Diritto ed economia dell'assicurazione*, n.º 1, 2001, p. 380.

63 André Tunc, L'avenir de la responsabilité civile pour faute, en *Osaka University Law Review*, n.º 35, 1988, p. 2.

Desde hace varios años se han presentado argumentos a favor y en contra de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil; oposiciones que, según varios autores, dan testimonio de la crisis de esta institución y de la puesta en tela de juicio de la culpa. Los adeptos de un denominado modernismo miran la culpa como el símbolo de una sociedad arcaica; por su parte, los poseedores de una tradición liberal heredada de la Revolución francesa alaban gustosos el “vigor” de este elemento.⁶⁴

Distintos valores sociales, morales y educativos han sido expuestos como argumentos a favor, pero al mismo tiempo se han planteado fundamentos en oposición a la culpa como condición de la responsabilidad civil,⁶⁵ los cuales, a su vez, disminuyen el interés por este elemento. Entre estos eventos se destaca la ocurrencia de acontecimientos como la multiplicación de daños accidentales, los excesos cometidos por la jurisprudencia a través de la asimilación entre el error y la culpa, la dificultad que reside en el método de apreciación de la culpa *in abstracto*, la difusión de la seguridad social y del seguro de responsabilidad civil, entre otros.⁶⁶

Quienes están a favor de la conservación de la responsabilidad civil subjetiva resaltan razones éticas derivadas de la visión humanista de la sociedad que trae consigo la responsabilidad civil. En efecto, desde una concepción humanista, el hombre es dueño de su destino; por lo tanto, asumiendo su libertad y su responsabilidad, el hombre se construye y forja su personalidad, su carácter, se convierte en un hombre digno. Libertad y responsabilidad son entonces dos conceptos complementarios e indisolubles. La responsabilidad supone la libertad, el hombre es libre solo si es responsable, y este es el privilegio extraordinario que distingue al hombre de los animales y las cosas⁶⁷.

Así pues, el deber de pagar una indemnización por el daño que se causa a otro por la culpa cometida se convierte en una exigencia fundamental de la justicia.

64 Christophe Radé, L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, en *Dalloz Chron*, 1998, p. 301; Philippe Le Tourneau, La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin), en *Revue trimestrielle de droit civil*, n.º 3, 1988, p. 517.

65 André Tunc, La responsabilité civile..., *op. cit.*, p. 100; Philippe Le Tourneau, La verdeur de la faute..., *op. cit.*, p. 509.

66 Daniele de Strobil, *L'assicurazione di responsabilità*..., *op. cit.*, p. 17.

67 Philippe Le Tourneau, La verdeur de la faute..., *op. cit.*, p. 506.

El deber de compensar un daño existe gracias a los fundamentos más sutiles o más refinados de caridad, de posición social o de responsabilidad social. Desde esta perspectiva, la culpa es considerada como una victoria de la justicia y como una exigencia de la vida social. En efecto, la responsabilidad civil es el instrumento que permite lograr un equilibrio entre la libertad del hombre y sus deberes dentro de la vida en sociedad; de ahí que se convierta en una institución esencial de la sociedad. En este orden de ideas, connotados autores han concluido que la culpa como criterio de la responsabilidad posee un valor educativo y significa reconocer la dignidad del hombre, su libertad, su capacidad para comportarse de una manera social o antisocial y su posibilidad de elegir entre el bien o el mal⁶⁸; del mismo modo, la culpa constituye a su vez el principal fundamento racional de la responsabilidad o su fundamento ético.⁶⁹

Empero, respecto a esta concepción clásica de la responsabilidad subjetiva, que reconoce cómo el derecho de la responsabilidad civil se ha esforzado por equilibrar los intereses de las partes en conflicto a fin de lograr una justicia entre ellas, se ha considerado que “ha perdido su razón de ser ya que el seguro permite que la carga de indemnizar el daño no recaiga más sobre un hombre sino sobre una mutualidad”.⁷⁰ Con la suscripción de un seguro, toda persona puede escapar a la responsabilidad civil debida a culpa no intencional,⁷¹ ya que el seguro exime al supuesto responsable de su deber de pagar la indemnización. Se corrobora así la afirmación que se hiciera referida a que solo la despersonalización de la responsabilidad permite concebir una responsabilidad que no tiene a la culpa como su fundamento. En efecto, solo haciendo pasar el autor del daño a un segundo plano y sustituyéndolo por un tercero, encargado de indemnizar, se puede lograr el cambio en el fundamento del derecho de la reparación.⁷²

Por otra parte, debe considerarse que la aceptación del principio de responsabilidad en eventos de daño ocasionado sin culpa del agente ha sido la principal causa de la expansión del seguro de responsabilidad civil. Gracias al progreso de

68 André Tunc..., *La responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 98.

69 Yvonne Lambert-Faivre, *L'éthique de la responsabilité*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, n.º 1, 1998, p. 2.

70 André Tunc, *Responsabilité civile et assurance...*, *op. cit.*, p. 347.

71 Daniele de Strobil, *L'assicurazione di responsabilità...*, *op. cit.*, p. 160.

72 Christophe Radé, *L'impossible divorce de la faute...*, *op. cit.*, p. 302; R. Rosella Cavallo, *L'assicurazione di responsabilità civile...*, *op. cit.*, p. 4.

la responsabilidad civil en el mundo moderno y al incremento de la responsabilidad sin culpa operado principalmente en los países industrializados, el seguro de responsabilidad ha sufrido un desarrollo considerable.⁷³

Sin embargo, en lo referente a la responsabilidad médica, donde aún persiste el principio de la responsabilidad por culpa y donde esta ha resistido muchos intentos en su contra, surgen algunos delicados interrogantes relacionados con saber si este sistema de responsabilidad puede tener plena operatividad con el instrumento del seguro obligatorio y si la exigencia de resarcir los daños causados al paciente puede ser enteramente confiada al instituto de la responsabilidad.

En otras palabras, es posible que al ligar el seguro obligatorio a una responsabilidad que permanece fundada en la culpa se esté corriendo el riesgo de evaporar la culpa, de liberar de responsabilidad al médico, iniciando una gran operación de mercado a favor de las compañías de seguros. Pero, por otro lado, al dejar los médicos a merced de los jueces, es posible que se ponga en riesgo el favorecimiento de la medicina defensiva.

La negligencia médica ocasiona costos económicos directos como el valor de las indemnizaciones pagadas, e indirectos como la medicina defensiva. Los primeros tradicionalmente han sido cubiertos mediante el seguro de responsabilidad civil, pero con el pasar de los años, en distintas latitudes, se viene percibiendo la necesidad de modificar el enfoque y tratamiento de la responsabilidad médica; en concreto, es preciso adoptar uno que vaya más allá de la reacción ante un hecho ocurrido que puede generar responsabilidad, es decir, actitudes y actividades preventivas que minimicen la posibilidad de ocurrencia de riesgos sanitarios, disminuyan su frecuencia, su gravedad y sus costos correspondientes. Se trata de la gestión de riesgos, que, como se analizará más adelante, no es un concepto negativo, no conduce a una medicina defensiva, ni ataca la autonomía médica y profesional.

Revisión de las insuficiencias del derecho común de la responsabilidad civil médica

Entre los principales argumentos invocados para hacer oposición contra el principio de la responsabilidad por culpa y en búsqueda de una mejor protección para

73 Yvonne Lambert-Faivre, *Droit des assurances...*, op. cit., p. 519.

las víctimas, se ha subrayado, como primera medida, lo difícil que resulta en ciertos casos saber si una culpa ha sido cometida y lo complicado que resulta en algunos otros probarla. Del mismo modo, se ha recalcado el carácter inevitable de ciertos errores humanos que, aunque causan daños, no ameritan adquirir el carácter de culpa.

La dificultad en la prueba de la culpa

No puede negarse la opinión generalizada que ve en el ineludible deber de probar la culpa médica la insatisfacción de los intereses de las víctimas de los daños, para quienes ello constituye a menudo un obstáculo a la indemnización.⁷⁴ En efecto, el paciente que resulta siendo víctima de una culpa médica se enfrenta en la mayoría de los casos a una gran dificultad en materia de prueba, pues no obstante estar obligado a presentarla, hay eventos como las intervenciones quirúrgicas o incluso eventos en materia médica ordinaria en los que él ignora lo que ha ocurrido. “¿Un error se ha cometido? ¿Cuál? o bien ¿él era anormalmente sensible a tal producto? Ni el paciente, ni el juez, ni incluso el médico pueden estar seguros de la respuesta”.⁷⁵

Teniendo en cuenta el alto grado de tecnicismo que acompaña a la ejecución de actos médicos, algunas veces resulta difícil poder establecer el vínculo causal del daño ocasionado y, en consecuencia, establecer que el profesional médico ha ejecutado el acto con culpabilidad. Además, a menudo es difícil aislar un comportamiento culposo, cuando el acto médico ha sido realizado por un equipo médico. Así pues, la creciente complejidad y desarrollo técnico de la actividad médica trae consigo un aumento del riesgo en la producción de incidentes, el cual a su vez comporta una mayor dificultad en la prueba que el paciente está obligado a aportar.

Por eso se ha dicho, y con mucha razón, que la fragilidad del régimen de la responsabilidad médica, desde el punto de vista del paciente, reposa principalmente en la dificultad de la prueba de la culpa. En efecto, “la víctima es ignorante

74 Kimmel-Alcover, A propos des accidents médicaux : vers l'indemnisation de l'aléa thérapeutique ?, en *Petites Affiches*, n.º 155, 1996, p. 19.

75 André Tunc, *L'assurance tous risques médicaux...*, op. cit., p. 164.

de las sutilezas de la medicina, y, en consecuencia, está en desventaja para establecer el incumplimiento del médico a su obligación de medios”.⁷⁶

En este orden de ideas, encontramos cómo el derecho tradicional de la responsabilidad civil médica evidencia una relación de desigualdad entre la víctima y el médico autor presunto del daño; se observa un sistema que conlleva el traslado a la víctima del peso de todos los casos de fuerza mayor, accidentes y de aquellos eventos donde la causalidad no logra ser establecida. “La ignorancia sobre los hechos es prácticamente puesta a cargo de las víctimas”.⁷⁷

Esta posición de desventaja de la víctima resulta ser agravada por la manera como funciona la prueba pericial en esta materia, dado que esta es dejada en manos de profesionales de la misma especialidad o de la misma área geográfica, lo que no logra asegurar la imparcialidad de sus conceptos, y en muchos eventos se denuncia un sentimiento de confraternidad de los peritos hacia el seno del cuerpo médico.

La importancia de esta prueba como elemento determinante en la formación del convencimiento del juez siempre ha sugerido una preocupación: el nombramiento de los peritos, que, al menos en los eventos más complejos, serán los mismos colegas, quienes tendrán que garantizar un elevado grado de confiabilidad por su experiencia y seriedad profesionales.⁷⁸ El hecho de que esta prueba sea desarrollada por un experto que no puede ser distinto a un profesional de la medicina genera la suspicacia que los médicos sean a la vez jueces y partes.⁷⁹

Del mismo modo, es constante la opinión doctrinaria que considera que la práctica de recurrir al criterio de expertos a fin de determinar la certeza de la culpa se enfrenta a otro problema referido a la voluntad sistemática de un gran número de médicos de querer cubrir a sus colegas y de emitir un concepto que concluya con una ausencia de culpa, o con una ausencia de causalidad cuando la culpa no puede ser discutida.⁸⁰ Ello se suma a que uno de los defectos esenciales

76 Paolo Girolami, Breve ricognizione dei principali contenuti della legge francese del 4 marzo 2002 relativa ai diritti dei malati e della qualità del sistema sanitario, en *Rivista italiana di medicina legale*, fasc. 6, 2002, p. 1409.

77 Françoise Ewald y Henri Margeat, Le risque thérapeutique, en *Risques*, n.º 6, 1991, p. 11.

78 Mario Zana, *Responsabilità medica e tutela del paziente*. Milán: Giuffrè, 1993, p. 88.

79 Françoise Ewald y Henri Margeat, Le risque thérapeutique..., *op. cit.*, p. 11.

80 André Tunc, La responsabilité civile, en *Deuxième congrès international de morale médicale*, I. París: 1966, p. 28.

del sistema de indemnización fundado en la responsabilidad por culpa consiste en que este sistema exige la realización de un proceso a menudo largo, costoso y cuyo resultado es incierto.⁸¹

Desde esta panorámica, la responsabilidad por culpa no es muy satisfactoria para la víctima. A menudo, aun con el sentimiento de que una culpa ha sido cometida, renuncia a solicitar una indemnización por los gastos, la lentitud, el alea del proceso; otras veces, intenta recurrir a la justicia, pero su demanda es rechazada. Al paciente, en muchos eventos, le resulta difícil probar la culpa, porque no sabe exactamente lo que ha sucedido, no puede demostrar aquello que se le ha dicho, tendría que discutir de una técnica que él ignora y respecto la cual los expertos a menudo no son imparciales. Los expertos mismos incluso, en muchos eventos, no están en capacidad de indicar la causa exacta de lo que sucedió y si ella implica o no una culpa médica.⁸²

Así pues, la carga de la prueba en cabeza del demandante resulta especialmente pesada y constituye una verdadera hazaña. ¿Cómo puede establecer un paciente la culpa del médico cuando ha sido sometido a una delicada intervención quirúrgica bajo anestesia general?, y ¿cómo puede establecer la especificidad de la culpa cuando es todo un equipo el que ha intervenido? Tal vez con cierta razón se ha recalcado en la posibilidad de que imponer esta clase de demostraciones equivalga a la negación de toda indemnización. En verdad, “un derecho no es efectivo sino cuando su realización, su ejercicio, están asegurados. No tener un derecho, o, teniéndolo, verse en la imposibilidad de hacerlo triunfar, son la misma cosa”.⁸³

Deformación de los conceptos “culpa” y “error de conducta”

Otra de las debilidades de la culpa como criterio de la responsabilidad civil está constituida por la dificultad, que en numerosos casos se puede presentar al decidir si una culpa ha sido o no cometida. Con mucha razón André Tunc señalaba que una de las razones más profundas por las cuales la culpa podía apreciarse como

81 Geneviève Viney, coord., *L'indemnisation des accidents médicaux. Actes du colloque du 24 avril 1997 organisé par le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I*. París: LGDJ, 1997, p. 107.

82 André Tunc, *La responsabilité civile...*, op. cit., p. 42.

83 Louis Josserand, *La evaluación de la responsabilidad civil...*, op. cit., p. 15.

un criterio inadecuado de la responsabilidad tenía que ver con que la misma palabra *culpa* a menudo terminaba siendo aplicada sin discriminación a dos nociones diferentes: la culpa y el error.⁸⁴

Por muchas décadas se ha insistido en la diferenciación que existe entre estos dos conceptos⁸⁵; sin embargo, el deseo de asegurar una indemnización a las víctimas ha hecho que los jueces consideren como culpa aquellos errores, inadvertencias o descuidos de atención, humanamente perdonables, que ninguna persona diligente, cuidadosa y eficiente podría evitar; aquellos errores moralmente insignificantes, consecuencia de una torpeza o de un mal reflejo.

En verdad, cuando un accidente se produce, se estima que el juez se esfuerza por descubrir el comportamiento culposo que ha sido su causa, y en esta búsqueda, corrientemente asigna la responsabilidad a quien solo ha cometido un simple error que no debería ser considerado como culpa. Los estudios indican que el juez en algunas ocasiones tiende a considerar que todo error, toda torpeza o falta de habilidad o destreza constituyen una culpa.⁸⁶ Y esta es una verdadera insuficiencia del derecho común de la responsabilidad médica, en la medida en que cuando las víctimas no pueden hacer que se reconozca un principio de responsabilidad sin culpa, en ausencia de una verdadera culpa reproachable al autor, los jueces podrían contentarse con “los restos de la culpa” para facilitar la reparación.⁸⁷

El hombre es esencialmente falible; por lo tanto, se estima que cierto nivel de error no es eliminable en ninguna actividad humana, y dado que en las actividades altamente tecnológicas —como lo es la medicina moderna—, pequeñísimos errores pueden traer consecuencias desastrosas, deberíamos estar obligados a admitir que en el estado actual de los conocimientos médicos se acepte una cuota de errores inevitables, dado que la perfección no existe en ninguna actividad humana.⁸⁸

84 André Tunc, *La responsabilité civile...*, op. cit., p. 100.

85 Jean Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. París: LGDJ, 1973.

86 Françoise Chabas, La maladresse constitue une faute. Nota a Cass. 1er civ. 23 mai 2000, en *Droit & Patrimoine*, n.º 86, 2000, p. 99.

87 Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 19.

88 Francesco Introna, Un paradosso. Con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici, en *Rivista italiana di medicina legale*, 2001, p. 889; André Tunc, Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux, en *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*. París: Editions A. Pedone, 1975, p. 412.

En efecto, el error es inherente a la actividad humana ya que el hombre no posee la omnisciencia, la omnipotencia y la resistencia a todo. El error, al contrario de la culpa, es inherente al hombre, incluso al hombre diligente y cuidadoso de sus deberes sociales; y al ser estadísticamente inevitable, se estima que puede considerarse como una forma moderna de la fuerza mayor.⁸⁹ En consecuencia, asimilar el error a la culpa podría resultar contrario a la justicia, pues a diferencia del comportamiento culpable, el error hace alusión a todas aquellas equivocaciones, inadvertencias, descuidos de atención, reacciones desafortunadas a acontecimientos imprevistos que siempre han sido parte de la actividad humana, pero que muchas veces se convierten en la fuente de un número considerable de daños.

Cuando se asimila el error a la culpa, se pone en entredicho el concepto mismo de culpa, que por definición ha sido considerado como aquel “comportamiento que no habría cometido un hombre prudente, diligente, cuidadoso de sus deberes sociales”.⁹⁰ Quienes critican esta posición consideran que es un modo demasiado artificial de ver las cosas, puesto que es injusto considerar como una culpa aquellos errores que incluso el hombre más prudente y cuidadoso de sus deberes no deja de cometer. En efecto, piénsese que un hombre prudente, diligente y cuidadoso de sus deberes sociales tal vez no cometa un homicidio, una estafa, etc., pero, cuando este hombre conduce su automóvil, puede cometer errores o puede tener momentos de distracción.⁹¹ Por ejemplo, en un caso examinado en 1981 por la Cámara de Lords en Gran Bretaña, para diferenciar el error de la culpa, se señaló que si un error era tal que no podía ser cometido por un profesional razonablemente competente que tuviera aquel grado y tipo de capacidad que el acusado afirmara tener, en ese caso se estaba en presencia de una negligencia. Si, en cambio, se trataba de un error que el hombre en cuestión, actuando con una atención normal, hubiera podido cometer, entonces no había negligencia.

89 André Tunc, Responsabilité, assurance et solidarité sociale dans l'indemnisation des dommages, *op. cit.*, p. 62.

90 Hugh Cockerell, L'assicurazione della responsabilità civile del prestatore di servizi, en *Assicurazione*, 1982, p. 252.

91 André Tunc, L'assurance tous risques médicaux..., *op. cit.*, p. 167. André Tunc, *La sécurité routière*. Paris: 1966, n. 63-65.

Como claramente lo advirtió la doctrina francesa⁹², el comportamiento culpable implica una elección libre del agente sobre su conducta, quien decide adoptar un comportamiento que no hubiese asumido un buen profesional en la misma situación. La culpa es entonces una anomalía del comportamiento, objetivamente constatada con referencia a la conducta de un modelo abstracto (buen profesional, hombre razonable). Es una anomalía de conducta que no hubiera presentado un médico normalmente diligente y competente colocado en las mismas circunstancias que el agente del daño. Así, toda diferencia entre la conducta que habría tenido el estándar de referencia y aquella que ha sido efectivamente seguida hace aparecer la culpa.

El error, por su parte, es una inadvertencia, una falta de atención, una reacción desgraciada a un acontecimiento imprevisto que no implica ninguna elección por parte del agente y que hubiera podido cometer cualquier buen profesional. El error es estadísticamente inevitable⁹³, pues todo buen profesional, normalmente diligente, como cualquier hombre, es falible. El error está ligado entonces a la falibilidad humana, mientras que la culpa está ligada al defecto de prudencia y diligencia.

Esta situación de considerar el error como una culpa ocurre debido a que los puntos de vista de los juristas y los médicos difieren y se oponen en cuanto a la definición de la culpa médica misma.⁹⁴ En efecto, se estima que los médicos consideran su responsabilidad al momento mismo que la asumen; los juristas, al contrario, examinan el caso del médico en el momento que su responsabilidad es puesta en tela de juicio por un tercero; es decir, en derecho, se interroga *a posteriori* si el médico es o no es responsable.

Desde esta perspectiva, el gremio médico no comprende cómo un abogado pretenda resolver los graves problemas médicos que a él se le han presentado, no entiende que el abogado pretenda criticar la decisión que él ha tomado con fundamento en su experiencia personal y profesional, y que se le reproche el hecho de haber creado un riesgo que a él se le imponía en interés del paciente.

92 Philippe Le Tourneau y Loïc Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats*. París: Dalloz, 2002, p. 19; André Tunc, *La responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 115; Jean Penneau, *La responsabilité du médecin...*, *op. cit.*, p. 121.

93 André Tunc, *La responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 116.

94 Odile Finon, *Faute et assurance dans la responsabilité civile médicale* (tesis de doctorado). París: Universidad Paris I, 1972, p. 64.

“Errare humanum est”, dice el proverbio latino. Disociar el hombre del médico es evidentemente imposible; por lo tanto, el error involuntario, imprevisible, inherente al ejercicio de la profesión no debería ser constitutivo de culpa. Sin embargo, si bien teóricamente esta distinción es clara, en la práctica puede resultar muy ambigua ya sea porque no hay claridad en los hechos o porque el hecho se ubica en la frontera entre la culpa y el error. No obstante, puede tenerse en cuenta que desde el punto de vista médico, hay quienes consideran que sí es posible definir y separar los conceptos de error y culpa, por la convergencia de algunos factores fácilmente apreciables por expertos, a saber: la naturaleza del daño causado y la magnitud misma del error que testimonia una insuficiencia manifiesta de instrucción, una omisión importante o un error manifiesto durante el juicio.⁹⁵ Entre los países de *common law*, los jueces ingleses, por ejemplo, generalmente reconocen que el hombre razonable es falible; luego, el error no es necesariamente una culpa. Así lo declaran expresamente respecto de los médicos.⁹⁶

De este modo, se ha considerado que olvidar una compresa en el cuerpo del paciente es un error inevitable dentro de ciertas circunstancias, por ejemplo, cuando se trata de campos operatorios complejos, particularmente hemorrágicos, donde las compresas embebidas de sangre y que se utilizan en gran número, debido a la urgencia y la necesidad, es posible que se confundan con los tejidos y desaparezcan en las cavidades. Solo en estas condiciones se afirma que el olvido de una compresa no puede ser considerado como una culpa, sino como un simple error.⁹⁷ Al contrario, han sido considerados como hechos constitutivos de culpa dejar una pinza dentro del cuerpo del paciente; operar el lado derecho del paciente en lugar del izquierdo; la falta de precauciones particulares del cirujano, no obstante su necesidad ante la dificultad del caso; la inyección suministrada por encima del límite de la dosis; la prescripción de un medicamento sin tener en cuenta las contraindicaciones; la ausencia de cuidados posoperatorios; no leer correctamente una radiografía siendo la lesión evidente, entre otros.⁹⁸

95 André Tunc, *L'assurance tous risques médicaux...*, *op. cit.*, p. 168.

96 *Ibid.*, p. 6.

97 Jean Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale...*, *op. cit.*, p. 156.

98 Philippe Le Tourneau y Loïc Cadiet, *Droit de la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 880; Jean Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale...*, *op. cit.*, p. 149.

De acuerdo con algunos autores, se debería hacer un esfuerzo para comprender mejor la sicología y las necesidades médicas; resulta indispensable que no se abandone la culpa como condición necesaria de la responsabilidad, pues hacerlo iría en detrimento mismo de los pacientes, al sacrificarse la nobleza de la misión médica.

En lo que respecta a la posición de la jurisprudencia, es de anotar la ambigüedad en las decisiones, pues en muchos casos, tratándose del diagnóstico, se acepta la existencia de un error excusable; pero, cuando el error es cometido en el tratamiento, muchas veces es considerado como una culpa. No puede olvidarse que el médico es, antes que nada, un hombre que es necesario juzgar de esa manera y no como una máquina electrónica.⁹⁹ El médico es un hombre, y como tal, se equivoca; pero ese error no puede, por el solo hecho de ocurrir, constituir una culpa.

Igual que un automovilista prudente puede tener momentos de inatención e incluso cometer torpezas o errores, ¿no puede suceder que el médico más competente y concienzudo no note un síntoma, u olvide una prescripción, o ignore un riesgo raramente realizable? En todos los ámbitos de la actividad humana, los errores son inevitables. ¿Cómo creer que un médico muy activo pueda pasar una jornada entera sin cometer ningún error?¹⁰⁰

El error es un riesgo que le atañe a la medicina misma, que puede ser reducido en alguna medida, pero que no es eliminable debido no solo a la naturaleza insidiosa de muchas enfermedades, sino también a la falibilidad propia de la naturaleza humana. El problema se resume, entonces, en la alta posibilidad que existe de que los errores sean tratados como culpas, lo cual conlleva lamentables consecuencias desde el punto de vista social, como la dura carga dejada a un médico honesto y razonable que en algún momento, como fruto de su naturaleza humana, comete un error que termina siendo considerado como culpa.

En el ámbito mundial se ha tratado de encontrar soluciones para las dificultades acarreadas por la ocurrencia de daños accidentales fruto de errores en diversos ámbitos, como, por ejemplo, para los accidentes de trabajo y para los accidentes de la circulación, considerándose que la única manera de escapar a

99 Michel Boitard, La responsabilité médicale et son évolution récente, en Marcel Eck (coord.), *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*. Fayard: 1968, p. 131.

100 André Tunc, La responsabilité civile..., *op. cit.*, p. 42.

estas dificultades era asegurar la indemnización a través de fondos colectivos que diluyeran la pérdida, en particular a través del seguro y la seguridad social. Para el campo médico-quirúrgico, la víctima recibe una indemnización solo si prueba la culpa cometida por el médico autor del daño; sin embargo, es posible que la culpa que ella ha entendido establecer no sea más que un simple error y, no obstante ello, se declare la responsabilidad del médico. Conviene preguntarnos, entonces: ¿dicha responsabilidad no sería lamentable si el médico no estuviera protegido por un seguro?

Desde esta perspectiva, en cuanto a las dos insuficiencias del derecho común de la responsabilidad civil médica apenas esbozadas, es preciso señalar que en lo atinente a la dificultad en la prueba de la culpa, en la actualidad el legislador colombiano, a través de la última reforma llevada a cabo con la promulgación del nuevo Código General del Proceso, respecto de la cual podría estimarse que si bien resulta muy temprano hacer una valoración de su impacto en materia de responsabilidad civil médica, la consagración en su artículo 167 inciso 2 del principio de la carga dinámica de la prueba abre la posibilidad para que esta primera dificultad pueda llegar a ser superada gracias a este mecanismo, pues de ahora en adelante el juez de conocimiento en esta clase de procesos queda autorizado para que, por iniciativa propia o por solicitud de parte, pueda reasignar la carga probatoria al momento de decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, cuando considere que alguna de las partes está en mejores condiciones de acreditar un determinado hecho, entre otros aspectos, por su cercanía con el material probatorio, por contar en su poder con el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido de manera directa en los hechos que dieron lugar al litigio o por el estado de indefensión o incapacidad en la cual se encuentre la contraparte.¹⁰¹

Por otro lado, con relación a la segunda insuficiencia indicada —es decir, en aquellos casos donde lo que se presenta no es una culpa deliberada, sino la ocurrencia de un daño producto de un error inevitable, resultado de la falibilidad humana—, sería apropiado que la responsabilidad cediera el lugar a técnicas de dilución de daños, en particular al seguro y a la seguridad social, capaces de amortiguar los efectos de la mala suerte y de los errores.

101 Ulises Canosa, Código General del Proceso. Aspectos probatorios, en XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá: Universidad Libre, 2012, p. 33.

Cambios notorios provocados en la responsabilidad civil por el seguro

Como se indicó, la difusión del seguro RC ha sido citada como uno de los argumentos en contra de la culpa como condición de la responsabilidad civil; sin embargo, hay quienes recalcan que la tendencia hacia la generalización del contrato RC ha ejercido una profunda influencia sobre la institución de la responsabilidad civil, no solo estimulando su desarrollo, sino también aportándole las siguientes transformaciones que en el fondo pueden tender a desfigurarla.

El seguro de responsabilidad civil como factor de extensión del campo de la responsabilidad

Como se señaló, la doctrina ha concluido de manera unánime que el seguro RC ha sido la causa esencial del desarrollo que sufrió la responsabilidad desde el periodo de la Revolución Industrial hasta la actualidad.¹⁰² En efecto, la responsabilidad debe al prodigioso desarrollo del seguro su expansión, objetivación y multiplicación de los daños reparables; sin embargo, también se ha reconocido que el progreso de la responsabilidad ha suscitado a su vez el desarrollo del seguro y la presencia del seguro lleva del mismo modo a la declaración de la responsabilidad, es decir, el binomio seguro-responsabilidad civil conforman una especie de espiral de la cual la responsabilidad no sale indemne.¹⁰³ En consecuencia, dado que el seguro RC es una consecuencia de la responsabilidad civil sin la cual no podría existir, su expansión a la vez acompaña, favorece y condiciona la expansión de la responsabilidad. De este modo, el seguro RC opera al mismo tiempo como causa y efecto del desarrollo de la responsabilidad.¹⁰⁴

El derecho positivo sobre todo de los países industrializados, donde es considerable el desarrollo del seguro de responsabilidad, ha estado avanzando hacia sistemas de responsabilidad que cada día exigen menos la demostración de la culpa como condición para su declaración. Se trata de un fenómeno de expansión y legitimación de los regímenes de responsabilidad objetiva, directamente ligado al desarrollo del seguro RC.

102 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 27.

103 Suzanne Carval, *La construction de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 306; Antonio La Torre, *Responsabilidad y seguro...*, op. cit., p. 31.

104 Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 15.

Hace varias décadas se venía hablando del declive de la responsabilidad individual, afirmándose que la era de la responsabilidad individual había terminado.¹⁰⁵ Desde esta perspectiva, como fruto del desarrollo industrial, la mayoría de los responsables no son ya personas particulares sino grandes empresas, y en una buena cantidad de casos, las víctimas están en imposibilidad de establecer la culpa personal del causante del daño. En consecuencia, el legislador, la jurisprudencia y la doctrina han tentado mejorar el derecho de la reparación de los daños.

Del mismo modo, como resultado de la diversificación de los accidentes, surgió también la práctica cada día más generalizada del seguro, la que trajo consigo una conmoción del equilibrio interior del sistema tradicional de la responsabilidad civil al permitir la colectivización de los riesgos. Bajo la influencia del desarrollo del seguro, la responsabilidad civil pierde entonces, en gran parte, su carácter individual y cada vez se encuentra menos subordinada a la prueba de la culpa.

El declive de la responsabilidad individual y el progreso de la responsabilidad objetiva se convierten así en las dos principales tendencias reconocidas como las transformaciones primordiales aportadas por el seguro a la institución de la responsabilidad civil.¹⁰⁶ Por lo tanto, la modernización del derecho de la responsabilidad se ha convertido en una necesidad urgente que reclama ciertas modificaciones adaptables a las nuevas realidades, un derecho acorde con las necesidades y las posibilidades que ofrecen otros mecanismos para la reparación de los daños.

Por otra parte, existen también otros criterios que permiten afirmar que la práctica del seguro RC admite la expansión del instituto mismo. En efecto, se ha considerado que cuando la víctima tiene conocimiento de que el autor del daño está asegurado, no duda en señalarlo como responsable y perseguir judicialmente la declaración de su responsabilidad. En materia de responsabilidad médica, en concreto, se estima que la irrupción del derecho de seguros ha modificado el equilibrio de las relaciones y ha infundido una cierta desconfianza en el cuerpo médico; desconfianza de su paciente y de la justicia, cuando es demandado, por

105 Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*. París: Librairie général de droit et de jurisprudence, 1965.

106 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 23.

ejemplo, por defecto de información, aunque ninguna culpa técnica haya sido cometida de su parte.¹⁰⁷

Igualmente, se ha considerado que los jueces tienden a declarar la responsabilidad y ordenar la indemnización de la víctima cuando saben que el supuesto responsable se encuentra asegurado, cuando saben que quien realmente va a pagar la indemnización es una compañía aseguradora. Como la estrategia del *deep pocket* lo señala, en presencia de un seguro, los jueces tienden a ser más severos con el responsable autor del daño.¹⁰⁸ En estos casos, la presencia del seguro se convierte en la causa de la condena.¹⁰⁹ La responsabilidad, entonces, no es más que la consecuencia que es necesario hallar a cualquier precio, la condena no hace más que permitir la ejecución de la garantía en provecho de la víctima.

En este orden de ideas, puede afirmarse que la generalización del seguro RC contribuye al aumento considerable de la litigación en responsabilidad, al aumento de las condenas a los médicos, e igualmente podría participar en acreditar en la opinión general la idea que todo daño que se cause a otra persona requiere una indemnización.

Sin duda, el seguro RC ha sido la causa esencial del desarrollo que ha alcanzado la responsabilidad civil hasta el momento; sin embargo, para el caso específico de Colombia, como tendrá ocasión de revisarse más adelante, esta afirmación debe ser considerada con reserva. En efecto, en el único caso que en el marco de la responsabilidad médica se ha considerado aplicar el régimen objetivo de responsabilidad —esto es, en el marco de la responsabilidad del Estado por los daños derivados de infecciones nosocomiales—, la situación es preocupante en la medida en que al no contar con un sistema de aseguramiento obligatorio de la responsabilidad y menos con un sistema de solidaridad social que se haga cargo de esta clase de daños, las compañías aseguradoras no cubren este ramo;

107 Françoise Alt-Maes, Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002, en *Gazette du palais*, 2003, p. 3646.

108 René Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, II. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, p. 326; José Fernández, *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: Comares, 2002, p. 616; Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 73; Luca Nocco, Lezioni dall'Europa (L'esperienza francese), en Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti (coords.), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*. Padova: Cedam, 2004, p. 133; Philippe Le Tourneau, *La responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, 2004, p. 42.

109 Françoise Chabas, L'assurance de personne au secours du droit de la responsabilité civile, en *Risques*, n.º 14, p. 85.

•La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica.

en consecuencia, son las instituciones de salud las que hacen frente al pago de estas condenas, con todo los efectos negativos que esto trae consigo.¹¹⁰

La decadencia de la culpa en el marco del sistema de reparación colectiva

Hacia 1960 en Francia se analizó una de las inquietudes fundamentales relacionadas con la influencia que podían ejercer las técnicas de reparación colectiva del daño sobre cada uno de los elementos de la responsabilidad individual, es decir, si era posible o no que coexistieran la responsabilidad individual y los regímenes de reparación colectiva.¹¹¹ Este interrogante motivó revisar si en verdad la responsabilidad individual empezaba a sufrir un declive en razón a la presencia de estos mecanismos, pues antes de que los procesos modernos de socialización de los riesgos alcanzaran su desarrollo, la responsabilidad civil se había constituido como la llave maestra del sistema legal de indemnización de los daños. Su utilidad era evidente y nadie lo ponía en duda; por lo tanto, cuando esos nuevos métodos se desarrollaron, la responsabilidad civil perdió el monopolio de la indemnización.¹¹²

Según el sistema tradicional, la culpa, probada o presunta, era normalmente el criterio de *la reparación* de un daño causado; sin embargo, desde finales del siglo XIX, debido a la aparición y el rápido desarrollo de técnicas de socialización de riesgos¹¹³, la reparación del daño se alejó del campo de la culpa y, en consecuencia, la responsabilidad civil abandonó el monopolio de la reparación. Este abandono de la exclusividad de la responsabilidad civil, la desaparición de su posición preeminente, fue leída como una señal de su declive, en la medida en que otros métodos de reparación aparecieron como equivalentes o incluso superiores al propio instituto de la responsabilidad.

La facultad de recurrir a estos métodos de indemnización colectiva provocó entonces lo que se ha denominado como el declive de la culpa como condición de la reparación del daño. En efecto, una de las funciones fundamentales de la

110 Mónica Fernández, Las infecciones nosocomiales como un nuevo evento de responsabilidad objetiva en el sistema colombiano. Reflexión sobre su fundamento a partir de la experiencia francesa, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 3, 2016, p. 849.

111 Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle...*, op. cit.

112 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 57.

113 Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle...*, op. cit.

responsabilidad civil es la indemnización de la víctima; sin embargo, en este ámbito se han reconocido fragilidades, y la principal se relaciona con el hecho de que muchos daños no son indemnizados por la responsabilidad civil.

Por otra parte, se ha considerado que el lugar que ocupa la responsabilidad civil en la compensación de los daños es muy débil si se compara con el de otras instituciones como la seguridad social y el seguro, pues si lo que se busca con la indemnización es colocar a la víctima, en la medida de lo posible, en la misma situación en que se hubiera encontrado de no haber ocurrido el hecho dañoso, considerando la dificultad de que el estado anterior pueda ser restaurado, la indemnización comporta solo una cierta compensación del daño. En muchos casos, por ejemplo, se puede incluso dudar de la posibilidad de acordar una indemnización aun si se refiere a una compensación; tal es el caso del daño moral, pues mucho se ha dicho sobre la circunstancia que el sufrimiento por la pérdida de un ser querido no tiene equivalente monetario. Incluso la pérdida de los placeres de la vida no posee un valor financiero real. De esta manera, varios autores han resaltado lo inadecuado de esta compensación, arguyendo que tampoco realiza siquiera un estudio sobre la sicología y la personalidad de la víctima, ni menos adapta el monto a su situación financiera.¹¹⁴

Conforme a este denominado declive de la culpa como condición de la reparación del daño, mientras que en el derecho común la culpa es una condición indiscutible del éxito de la acción de responsabilidad civil individual, en un sistema de responsabilidad colectiva ocurre lo contrario, es decir, el concepto de culpa civil individual es desterrada de las condiciones requeridas para el éxito de la indemnización. En efecto, ¿cómo podría aplicarse a una entidad colectiva la noción moral y psicológica de culpa? Se corrobora de este modo la inevitable influencia que la aparición de mecanismos de reparación colectiva produce sobre el contenido de la culpa civil.

La culpa, dentro de un sistema de responsabilidad individual, comporta una doble función que a su vez responde al doble objetivo de esta institución: reparación y prevención. Como condición de la *reparación* de los daños, es la culpa la que designa el titular del patrimonio deudor. Conforme a esta función puramente técnica, la culpa es un criterio adecuado mientras que sea el mismo culpable

114 André Tunc, *La responsabilité civile...*, op. cit., p. 143.

quien pague. Al contrario, cuando la deuda es desplazada sobre una colectividad, se requeriría de otro criterio desprovisto de esta huella moral individualista. Pero la culpa cumple igualmente, dentro del sistema de responsabilidad individual, una segunda función, ligada al aspecto *preventivo* de dicha institución. La culpa es útil como fundamento de la acción de responsabilidad cuando cumple un objetivo de prevención; sin embargo, mientras que esta función se cumple cuando el patrimonio del autor de la culpa es el que soporta las consecuencias de ella, no sucede lo mismo cuando la carga de los daños pesa sobre un organismo colectivo.

En este orden de ideas, puede corroborarse la utilidad de la culpa cuando la reparación del daño corre a cargo del patrimonio individual del responsable. La culpa adquiere una utilidad propia respecto a la función reparadora de la responsabilidad civil, al señalar a la víctima el patrimonio contra el cual puede hacer efectivo su crédito de indemnización. Para que haya derecho a la reparación, la culpa debe haber sido la causa del daño.

Ahora bien, la sustitución de la responsabilidad individual por un sistema de indemnización colectiva pone en duda el papel de la culpa en esta materia. Algunas técnicas de reparación colectiva han suprimido totalmente la búsqueda del titular del patrimonio del deudor, ofreciendo una cobertura automática a través del organismo colectivo. Este es el caso, por ejemplo, del sistema de seguridad social, donde la culpa se aparta de la función de indemnización y se confina en la función represiva representada en el recurso que la colectividad tiene contra el autor individual del perjuicio. Por el contrario, otras técnicas de reparación colectiva, como el seguro de responsabilidad, tienen lugar a condición de que la responsabilidad del individuo asegurado sea establecida, es decir, necesitan para su ejercicio una designación del deudor de la reparación.

No obstante lo anterior, algunos autores consideran que en aquellas materias donde el recurso a los sistemas de reparación colectiva se ha hecho cada vez más extensivo, como el seguro RC, la culpa debería ceder su lugar, en lo tocante a la función de designación del deudor de reparación, a una criterio a través del cual dicha identificación pudiera lograrse antes de la realización del daño y de acuerdo con la obligación, la facultad o, al menos, la posibilidad de que el deudor tuviera de asegurarse a través de un organismo de indemnización colectiva.

En otras palabras, dado que dentro del marco del seguro RC la repercusión pecuniaria de la condena recae sobre el asegurador, la exigencia de una culpa en

cabeza del responsable parece perder su justificación. Por lo tanto, a partir del momento en que la responsabilidad se convierte en un simple soporte del seguro, se estima que no hay razón para preguntarse si el daño causado es debido o no a la culpa personal del asegurado.¹¹⁵ En este caso, la predeterminación del deudor conforme su aptitud para prever y cubrir el daño se sustituiría a la designación del deudor de acuerdo con la culpa cometida en la producción del daño.

El principal argumento de esta propuesta lo constituye la insuficiencia de un sistema de indemnización restringido solamente a los daños que provienen de una culpa probada, dado que, por diversas situaciones y en muchos eventos, esta prueba se vuelve difícil de aportar. Esta circunstancia favorecería la extensión del campo de la indemnización más allá de la culpa, lo cual, se insiste, solo se podría realizar en coordinación con el desarrollo de mecanismos de garantía colectiva. En efecto, si las condiciones de la civilización moderna contribuyen a liberar la indemnización de la condición de la culpa probada, esto es posible únicamente gracias al desarrollo de las técnicas de indemnización colectiva, las cuales permiten no solo una indemnización a través de un patrimonio ordinariamente solvente, sino también una reparación de las consecuencias de los daños cuya causa permanece desconocida o cuyo origen se encuentra en una actividad no culposa.

Así pues, se logra corroborar cómo la facultad de recurrir al seguro u otros métodos de garantía colectiva, dotados de eficacia superior, provoca el declive de la culpa como condición de la reparación del daño; sin embargo, es preciso considerar que esa condena de la responsabilidad individual, sobre el plano indemnizatorio, no es posible trasladarla al ámbito de la prevención. En efecto, en lo concerniente a la función de prevención se confirma el mantenimiento de la culpa, dado que la responsabilidad individual en este ámbito resulta irremplazable y prioritaria.

Finalmente, es preciso constatar cómo este declive de la responsabilidad individual recibe la reprobación de la doctrina tradicional, por instinto enemiga de cualquier atentado que pueda hacerse a una institución considerada como uno de los fundamentos esenciales de la civilización occidental; pero, al mismo tiempo, recibe el aplauso de aquellos que ven con buenos ojos el desarrollo de las instituciones de reparación colectiva, dada la ventaja que trae para la víctima y el menor agobio para el autor del daño.

115 Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle...*, op. cit., p. 217; André Tunc, *La responsabilité civile...*, op. cit., p. 146.

Problemáticas que suscita el seguro RC frente a la eficacia de la responsabilidad civil

Tratando de hacer un recuento de los principales factores que han llevado a que el seguro RC haya adquirido un lugar importante como instrumento de indemnización del daño, se puede mencionar que el fin de la protección de las víctimas explica en gran medida el desarrollo prodigioso de este instrumento. Igualmente, la toma de conciencia acerca de la importancia y la gravedad del riesgo de responsabilidad civil en el mundo moderno, sumado a la ocurrencia de riesgos de accidentes, resultado del carácter peligroso de un gran número de actividades, han incitado que tanto el legislador como la jurisprudencia pongan en marcha sistemas de responsabilidad más estrictos, lo cual conlleva que los potenciales responsables se vean en la necesidad de contratar un seguro.

Del mismo modo, el propio legislador, en muchos casos, ha contribuido a aumentar la demanda del seguro RC cuando impone la obligación de asegurar la responsabilidad civil. Incluso la jurisprudencia, para el caso específico de Francia, ha decidido que, en algunas materias y aun no existiendo la obligación de asegurarse, debe valorarse como culposa la conducta de quien expone a un tercero a ciertos riesgos sin haber verificado que estos estuvieran o no garantizados por un seguro. Este fue el criterio expresado en el caso de una agencia de viajes que no verificó que los transportadores y hoteleros a los cuales envió sus

clientes estuvieran asegurados para su responsabilidad civil.¹¹⁶ Para la jurisprudencia francesa, aquel que ejerce una actividad creadora de riesgos asume por ello la obligación de contratar un seguro.

Esta expansión vertiginosa del seguro de responsabilidad ha recibido, sin embargo, algunas críticas por parte de la doctrina. La primera de ellas tiene que ver con la pérdida del sentido individual de responsabilidad que la práctica del seguro trae consigo para el propio asegurado; la segunda se relaciona con las dificultades que el mismo instituto del seguro genera al momento de otorgarse una indemnización a la víctima del daño; finalmente, la tercera hace alusión a algunas desigualdades que surgen entre el asegurador y la víctima al momento de acceder a la administración de justicia.

Si bien en la época actual, especialmente en los países desarrollados, se considera normal, aconsejable e incluso a menudo obligatorio asegurarse, hay incluso quienes consideran que es la única opción que se tiene, a no ser que la persona esté capacitada económicamente para responder por los costos de las demandas civiles de indemnización. Sin embargo, respecto al seguro RC se ha discutido la desventaja que este puede traer al permitir que el asegurado “adopte una actitud más tranquila y menos diligente en su conducta usual y profesional”.¹¹⁷

En verdad, una de las críticas más frecuentes ha sido aquella según la cual el seguro RC provoca en el sujeto potencialmente responsable que se haya asegurado una “sensación de tranquilidad respecto las consecuencias de su propia conducta, con el correlativo efecto de disminuir los niveles de atención y diligencia”.¹¹⁸ De este modo, se habla de una posible pérdida del sentido individual de responsabilidad en el asegurado, conocido en Italia con el nombre de *azzardo morale*, que es uno de los más importantes argumentos adoptados a favor de la presunta inmoralidad del seguro de responsabilidad civil.

Por este motivo, corrientemente se ha interrogado respecto a si la amenaza de la responsabilidad civil sea útil para que los médicos ejerzan su arte con diligencia. A este respecto, alguna doctrina manifiesta que si la respuesta fuera

116 Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les effets de la responsabilité...*, op. cit., p. 636.

117 José Fernández, *Sistema de responsabilidad médica...*, op. cit., p. 615.

118 Maria Gagliardi, *Contratto di assicurazione e dinamiche assicurative: informazione e clausole contrattuali*, en Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti (coords.), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*. Padova: Cedam, 2004, p. 189.

afirmativa, habría necesidad de prohibir la práctica del seguro RC; sin embargo, otros señalan que es evidente que la diligencia de los médicos no depende en nada de la responsabilidad civil, pues la cualidad de un médico depende de varios aspectos:

Del esfuerzo que él realiza por estar al corriente de los progresos de la ciencia, de su aptitud para escuchar, para interrogar, para juzgar o para actuar pausadamente, de su benevolencia respecto al paciente que sufre o que está inquieto al cual es menester reconfortar con una palabra, con una sonrisa.¹¹⁹

De este modo, el alto nivel médico no depende de la amenaza que puede representar la institución de la responsabilidad civil, sino de la formación profesional recibida, del control disciplinario y, solo en casos graves, del control que ejerce la justicia penal. Así pues, no es la responsabilidad civil la que eleva y mantiene el nivel médico; en consecuencia, podría afirmarse que el instituto del seguro RC logra garantizar no solo la seguridad de los pacientes, sino también, y dentro de justos límites, la libertad de decisión a la cual aspiran los médicos.

Como antes se indicó, en sus inicios, la validez de este contrato de seguro de responsabilidad se puso en duda, pero esa supuesta ilicitud del contrato, erróneamente asimilado al pacto de exoneración de responsabilidad, no tenía razón de ser, porque no se eliminaba el deber del responsable hacia el tercero perjudicado, sino que se reforzaba con la garantía del seguro.¹²⁰ No obstante, el seguro RC era observado con gran desconfianza, ya que se sospechaba que su práctica alentaba la negligencia y la incuria; de ahí que la presión de los hechos y el desarrollo pertinaz y espontáneo de su práctica llevaron a un cambio radical de opinión, que en últimas fue la que logró llevar al convencimiento respecto de su utilidad y eficacia, permitiendo que la figura ganara el importante lugar que ocupa hoy en día.¹²¹

La absoluta e inderogable necesidad de mantener aquellas actividades indispensables para el desarrollo de la vida en sociedad permitió el crecimiento de este ramo del seguro. Con el desarrollo de la tecnología y la difusión de un constante

119 André Tunc, *L'assurance tous risques médicaux...*, *op. cit.*, p. 180.

120 Antonio La Torre, *Responsabilidad y seguro...*, *op. cit.*, p. 34.

121 Suzanne Carval (coord.), *La construction de la responsabilité civile*. París: Presses Universitaires de France, 2001, p. 307; Antonio La Torre, *Responsabilidad y seguro...*, *op. cit.*, p. 30.

estado de riesgo en la sociedad, la garantía de la responsabilidad civil se hizo necesaria y moralmente válida, a tal punto que en algunos casos ha sido impuesta por la ley, sin que ello comporte un cambio en sus términos fundamentales.¹²²

Así las cosas, es preciso señalar que el seguro no suprime la responsabilidad, solamente la transforma.¹²³ Cuando una persona contrata un seguro, prevé la posibilidad que pueda cometer algún comportamiento culposos. Luego, lejos de deshacerse de toda responsabilidad, acepta anticipadamente la carga, pagando una cierta suma de dinero que contribuirá a la reparación del daño. El seguro no suprime entonces la responsabilidad, ya que esta subsiste, solo que transformada, pues aquel que causa el daño por su culpa no es quien lo repara, sino la compañía aseguradora, generalmente más solvente que un simple particular.

Por otra parte, dentro de las críticas a la expansión del seguro RC, se hace alusión a las dificultades que el mismo instituto del seguro genera al momento de otorgarse una indemnización a la víctima del daño. El seguro de responsabilidad civil es una institución bastante delicada por la misma coexistencia de dos figuras jurídicas bastante complejas: la responsabilidad civil y el seguro, que juntas se funden en los tres sujetos involucrados: el asegurador, el asegurado y el tercero-víctima. En este sentido, el seguro de responsabilidad no escapa a la perspectiva contenciosa que puede generarse, en razón a los distintos intereses que están en juego.¹²⁴ Por una parte, los asegurados, deudores de una indemnización, buscan descargarse de esta deuda contratando un seguro; los aseguradores, por su lado, tienden a minimizar o incluso a rechazar el peso de dicha indemnización; finalmente, las víctimas, acreedores de la indemnización, generalmente buscan obtener el máximo posible en un corto plazo.

Esta estructura conflictiva del seguro de responsabilidad civil suscita dificultades específicas referidas a la prueba de la responsabilidad del asegurado y a la prueba de la garantía del asegurador. En efecto, para que la garantía del seguro se haga efectiva, es necesario que la víctima, antes que demostrar la responsabilidad del asegurado, identifique al responsable o autor presunto del daño. Una vez

122 Daniele de Strobil, *L'assicurazione di responsabilità...*, op. cit., p. 12.

123 G. Stefani, La validité de l'assurance: De l'assurance des fautes, en Suzanne Carval (coord.), *La construction de la responsabilité civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 319; André Tunc, *La responsabilité civile*. Paris: Economica, 1989, p. 107.

124 Guido Gentile, *Responsabilità civile e assicurazione...*, op. cit., p. 17.

identificado el asegurado-eventual responsable del daño —lo cual puede resultar difícil en algunos eventos—, la víctima puede verse confrontada a otros obstáculos relacionados con la prueba de su responsabilidad, no obstante los cuales, una vez que la responsabilidad ha sido establecida, la garantía del seguro no se adquiere necesariamente; es decir, no existe certeza en la indemnización, ya que a menudo los aseguradores incluyen en los contratos cláusulas por las cuales prohíben al asegurado reconocer su responsabilidad o transigir con la víctima y el incumplimiento de estas obligaciones puede ser sancionada incluso con la privación de su derecho a la garantía.¹²⁵

En lo tocante a las dificultades relativas a la prueba de la garantía del asegurador, una vez que la víctima ha demostrado la obligación del responsable-asegurado, corresponde a este demostrar que la obligación está cubierta por un seguro, estableciendo para ello que todas las condiciones de la garantía están reunidas. Para liberarse parcialmente de la carga de la indemnización, el asegurador, por su parte, invoca simplemente la limitación de la garantía que se halla estipulada en el contrato. Para liberarse totalmente, en cambio, debe comprobar que las circunstancias del siniestro no entran en el campo de aplicación de la garantía, demostración que también conlleva de por sí un cierto número de dificultades en cuanto la carga de la prueba.

Otra de las complicaciones en torno a la indemnización tiene que ver con el perjuicio que puede sufrir el asegurado con ocasión de la apelación de la decisión que realiza el asegurador y con la eventual insolvencia del asegurado a la que debe enfrentarse la víctima. Como lo indica la doctrina francesa, es posible que el asegurador, haciendo uso de su facultad de dirigir el proceso de responsabilidad adelantado contra su asegurado, decida sin ninguna razón válida apelar la decisión que en primera instancia haya impuesto una condena que no excede el *plafond* de garantía establecido en el contrato de seguro; en consecuencia, el fallo de segunda instancia puede aumentar el monto de la condena por encima del *plafond* señalado. Esta actitud del asegurador resulta a todas luces perjudicial no solo para el asegurado, quien queda a cargo de aquella parte del daño no cubierto por el seguro, sino también para la víctima, quien tendrá que soportar no solo la lentitud del proceso, sino también la eventual insolvencia del asegurado.

125 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 49.

Por otra parte, el pacto de las cláusulas *claims made* en este tipo de contrato constituyen otro de los factores que hacen difícil la indemnización por parte del asegurador.¹²⁶ Dichas cláusulas, que en el ámbito internacional han sido objeto de una dura polémica, son admisibles en nuestro país desde 1997 y constituyen una gran amenaza a los intereses de los asegurados, ya que estos pueden llegar a quedar sin la protección de la garantía contratada, cuando el reclamo de la víctima es realizado por fuera de los fatales plazos fijados en la póliza. En verdad, por fuerza de la estipulación de este tipo de cláusulas, un asegurado que ha venido pagando cumplidamente las primas del contrato puede, en un momento dado, encontrarse con que el siniestro no está cubierto, por lo cual, entonces, tiene que hacer frente a la reparación de la víctima con su propio patrimonio.

Frente a estos eventos de cláusulas *claims made*, por cierto, comúnmente consagradas en las pólizas de responsabilidad civil,

el asegurado, sujeto sin mayor experiencia y conocimiento de esta clase de contratos —para lo cual contrató a una compañía—, que no realiza reservas técnicas, que no tiene reaseguros, que se dedica a otra actividad, que no sabe nada de seguros, deberá responder por el riesgo de la misma póliza de seguros que contrató.¹²⁷

De igual modo, se puede señalar como otra de las dificultades en torno a la indemnización el riesgo que existe de realizar una transacción desequilibrada, desfavorable a la víctima.¹²⁸ En verdad, corrientemente se dice que “más vale un mal arreglo que un buen pleito”; sin embargo, a menudo se teme que ese “mal” arreglo pueda ser sinónimo de “desastroso” para la víctima del daño.

La transacción constituye para el asegurador un instrumento favorable para la gestión de los intereses de la mutualidad, pero muchas veces se hace en detrimento de los intereses individuales de la víctima. Numerosos estudios han demostrado que las indemnizaciones logradas a través de transacción son claramente inferiores a las indemnizaciones judiciales. Este modo de terminación no contenciosa de los conflictos permite gestionar los siniestros al menor costo, es decir,

126 Mónica Fernández, Las cláusulas *claims made*..., *op. cit.*, p. 213.

127 Francisco Miranda, Seguro de responsabilidad civil por mala praxis médica. Delimitación temporal de la cobertura del seguro. Cláusulas *claims made*, en *Revista Iberoamericana de Seguros*, n.º 16, 2001, p. 115.

128 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité*..., *op. cit.*, p. 48.

reducir el nivel de la indemnización con relación a la realidad de los perjuicios ocasionados a la víctima. La práctica transaccional puede entonces ocasionar una desigualdad, desfavorable para la víctima, entre la indemnización que resulta de la transacción y aquella resultado de la práctica judicial. La transacción se traduce en un “cara a cara entre un asegurador experto y una víctima a menudo desarmada, impotente”¹²⁹, por lo cual la víctima en muchos casos sacrifica su indemnización en razón de las ventajas que le genera la transacción (por ejemplo, le evita la lentitud, los costos y el alea de un proceso judicial).

Finalmente, otro de los problemas que en materia de contrato de seguro puede presentarse respecto la indemnización está representado por la presencia de cláusulas de exclusión de ciertos riesgos, las que en un momento dado pueden causar sorpresas a los asegurados de buena fe.¹³⁰ En Colombia, por ejemplo, riesgos tan comunes como el de daños derivados de infecciones intrahospitalarias o aquellos vinculados a los daños por contaminación del virus del sida por vía de transfusión sanguínea están excluidos de la cobertura en los seguros de responsabilidad médica.

Así las cosas, ante todos estos múltiples aspectos que de un modo u otro pueden dificultar la reparación de los daños a la víctima, se insiste una vez más en que el médico, la clínica o el establecimiento hospitalario que contrata un seguro que cubra su responsabilidad civil deben buscar una póliza que se adecúe a su realidad, que le permita evitar cualquier vacío de cobertura que se produzca durante el ejercicio de su actividad; para ello, tendrá que actuar con mucho cuidado en el estudio y la negociación de la póliza, teniendo que examinar escrupulosamente todas y cada una de las cláusulas contractuales.

Finalmente, otra de las críticas elevadas en torno al seguro RC, derivada de las complejidades que suscita la estructura conflictiva de esta clase de seguro, tiene que ver con los problemas de acceso a la administración de justicia. Además de las cuestiones problemáticas antes esbozadas, ha de tenerse en cuenta que al momento de reclamar un resultado rápido y favorable a la solicitud de

129 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 62.

130 René Savatier, *Les métamorphoses économiques...*, op. cit., p. 329.

indemnización, las víctimas censuran más la administración de justicia que la técnica del seguro RC.¹³¹

En efecto, la crítica esencial tiene que ver con la desigualdad que se presenta entre el asegurador y la víctima frente al acceso a la administración de justicia. Mucho se ha dicho en cuanto a la ignorancia de la víctima respecto la posibilidad de hacer valer sus derechos. La víctima debe enfrentarse no solo a un asegurador —deudor de la indemnización— que domina el derecho de los seguros y de la responsabilidad, sino a una justicia compleja, a una acción de carácter altamente onerosa y a todo tipo de problemas relacionados con los largos plazos que implican los procesos.

La víctima, a menudo ignorante del derecho, se debe enfrentar al principal obstáculo: la complejidad de la justicia, debida en mayor parte al gran número de textos legislativos y reglamentarios, a los cuales se suma la existencia de dos órdenes jurisdiccionales que en muchas ocasiones conlleva decisiones distintas para un perjuicio igual. La responsabilidad médica es un ejemplo claro de ello; en este campo se demuestra sorprendentemente cómo la fragmentación del contencioso y la existencia de distintas reglas o sistemas aplicables para dar solución a estos casos puede entrañar que víctimas de daños semejantes, ocurridos en circunstancias idénticas, puedan obtener una reparación, mientras que otras deban enfrentar un rechazo de su indemnización.

Así pues, la desigualdad que coexiste entre el asegurador y la víctima al momento de acceder a la administración de justicia se resume en la presencia de una víctima inexperta e ignorante de sus derechos que debe enfrentarse no solo a un asegurador experto en los temas de la garantía, reclamaciones y negociaciones, sino también a las múltiples dificultades que se derivan de la complejidad de la justicia y del derecho de la responsabilidad, en especial, de la responsabilidad médica.

Del seguro de responsabilidad civil al seguro directo

La siguiente reflexión toma en cuenta los desarrollos del derecho francés alcanzados luego de las modificaciones introducidas al sistema de salud a través de la Ley 2002-1577 del 30 de diciembre de 2002, cuando se comenzó a hablar de una

131 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 57.

crisis del seguro de responsabilidad civil médica. De hecho, un alza considerable de las primas del seguro RC (hasta 300% para algunas especialidades)¹³² trajo consigo un rechazo de asegurarse y una consecuente suspensión de aquellos actos médicos no asegurados. Pero de esta crisis había comenzado a hablarse incluso varios años atrás, cuando entre las principales causas de esta se citaron la inseguridad jurídica y la desnaturalización del seguro de responsabilidad. Así las cosas, en Francia una propuesta fue presentada, relacionada con la contratación de un seguro directo por parte de la víctima eventual de los daños; sin embargo, como se verá a continuación, dicha proposición se enfrentó —y aún lo hace— a varios obstáculos que alteran su efectividad.

Causas de la crisis del seguro de responsabilidad civil

Hoy en día, la dinámica del desarrollo conjunto de la responsabilidad civil y del seguro de responsabilidad es puesta en tela de juicio, ya que los límites del seguro, consistentes en la incapacidad para el mercado de seguros de cubrir los riesgos dentro de condiciones de seguridad económica, se han evidenciado concretamente por la retractación del mercado frente a aquellos riesgos de responsabilidad civil considerados difíciles de evaluar.¹³³ Así, invocando los límites a su capacidad indemnizatoria, los aseguradores franceses afirman no estar en capacidad de satisfacer la demanda en materia de responsabilidad civil.

Si bien es indiscutible que sin la garantía de un seguro de responsabilidad, la ejecución de un fallo judicial que declara la responsabilidad y determina la ocurrencia de importantes daños permanecería en el alea, también lo es que desde hace algún tiempo las aseguradoras en Francia señalan una posible “crisis” de la expansión del campo de la responsabilidad gracias al seguro. En otros términos, dichas aseguradoras acuden a la mencionada crisis de la responsabilidad civil y de su seguro, con la esperanza de que el seguro directo entre a reemplazar el seguro RC.

Como causas de esta posible crisis se señalan, por una parte, la inseguridad jurídica resultado de la variedad de reglas de responsabilidad y del control

132 Yvonne Lambert-Faivre, La crise de l'assurance responsabilité civile médicale, en *Dalloz*, 2003, p. 142.

133 Claude Delpoux, Les assurances de responsabilité..., *op. cit.*, p. 752.

jurisprudencial sobre el contrato de seguro; y, por otra parte, la desnaturalización del seguro de responsabilidad.

En efecto, la variación de las reglas jurídicas en materia de responsabilidad civil, fruto evidente de su adaptación constante a la transformación de la sociedad, es uno de los factores que más preocupa a los aseguradores, quienes señalan que para poder establecer, a través de un cálculo de probabilidades, la frecuencia y el costo de los siniestros, el seguro de responsabilidad supone que el riesgo de responsabilidad sea conocido, es decir, perfectamente definido. Así, solo un conocimiento perfecto del riesgo les permite prever la capacidad de sus compromisos y administrar eficazmente la operación de seguro.

Ahora bien, la evolución jurisprudencial modificaría los límites de la asegurabilidad, volviendo el riesgo de responsabilidad difícilmente delimitable. En otras palabras, según los aseguradores, la imprevisibilidad del derecho de la responsabilidad crearía una inseguridad fundamentalmente antinómica al seguro que está construido por previsiones. La responsabilidad médica es un ejemplo revelador de la tendencia cambiante de la responsabilidad, es uno de los campos respecto a los cuales los aseguradores muestran una particular inquietud: la predilección para alentar el seguro directo¹³⁴; no obstante, los principios tradicionales de la responsabilidad médica, al ser una fuente de insatisfacción para las víctimas, han sido acondicionados para mejorar su situación, a través de la flexibilización de sus condiciones, como, por ejemplo, la consagración de hipótesis de presunción de culpa, obligaciones de resultado, obligaciones de seguridad, la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, entre otros.

Los aseguradores rechazan la evolución hacia una responsabilidad por riesgo y sus principales críticas se relacionan con el riesgo de pérdida del sentido individual de responsabilidad en el asegurado y con el costo que un tal sistema implicaría. La solución propuesta consiste entonces en favorecer el seguro individual del paciente asociado al seguro de responsabilidad del médico; para los aseguradores esa es la única alternativa al exceso de responsabilidad médica. Así pues, más que la variación de las reglas de la responsabilidad como fuente de inseguridad jurídica, la evolución de la responsabilidad civil, siempre más favorable a la víctima,

134 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 93.

se encuentra en el centro del debate sobre la “crisis” anunciada por los aseguradores para promover el seguro directo.

Por otra parte, los aseguradores señalan que la *inseguridad jurídica* es también el resultado del control jurisprudencial realizado sobre el contrato de seguro, debido a que con dicho control no se respeta suficientemente el régimen de libertad contractual. Para los profesionales del seguro, el control jurisprudencial más inaceptable tiene que ver con la definición del periodo de garantía y, en términos más generales, con la propensión de los jueces a impedir la aplicación de aquellas disposiciones contractuales desfavorables a las víctimas y asegurados¹³⁵; por ejemplo, cuando el asegurador invoca una exclusión de garantía, debe demostrar que se reúnen todas las condiciones de hecho para que opere dicha exclusión. En Colombia, incluso existen antecedentes de concesión de tutela de los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital frente a un asegurado que, habiendo recibido disparos con arma de fuego y haber quedado como consecuencia de ello con invalidez permanente en un 100%, su compañía aseguradora se negaba a pagar el seguro de accidentes personales contratado, aduciendo que se había pactado como exclusión la tentativa de homicidio. En el evento, la Corte Constitucional estableció que el pago se había negado sin fundamento válido, pues cuando la aseguradora manifestó que no pagaría la póliza, por tratarse de una tentativa de homicidio, estaba obligada a demostrar el por qué se configuraba tal causal; en consecuencia, de acuerdo con la Corte, teniendo en cuenta que la tentativa de homicidio es un concepto especializado que forma parte del derecho penal y que tiene unos elementos de técnica jurídica, corresponde entonces a la aseguradora demostrar la existencia de tales elementos para que opere la exclusión.¹³⁶

Por otra parte, con anterioridad a la citada Ley 2002-1577 del 30 de diciembre 2002, la estipulación de las cláusulas de reclamación de la víctima eran consideradas como no escritas. Según los aseguradores, esta regla desestabilizaba extremadamente el seguro RC, en cuanto que la nulidad de dicha cláusula impedía que ellos pudieran conocer con certeza el límite de sus compromisos en el tiempo y, en consecuencia, este hecho trastornaba sus previsiones y el equilibrio financiero de la operación global del seguro. De este modo, el principal inconveniente que

135 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 108.

136 Corte Constitucional, T-865 de 2014, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

se advertía era de orden técnico, en razón a la perturbación de la economía del contrato de seguro de responsabilidad. Según los aseguradores, este principio era incompatible con la regla que impone al asegurador constituir provisiones “anuales” de las primas recibidas durante el ejercicio en curso; provisiones con cargo a las cuales deben pagarse los siniestros ocurridos durante el mismo ejercicio. En efecto, con este principio el asegurador se ve obligado a dejar en reserva una parte de las primas recibidas a fin de responder a las solicitudes futuras de reparación. Ahora bien, el plazo existente entre el hecho generador y la ocurrencia del daño se convertía en un obstáculo para la constitución de tales reservas financieras.¹³⁷

Sin embargo, como consecuencia de la presión hecha por los aseguradores en Francia, esta causa concreta de inseguridad jurídica logró superarse a través de la reforma legislativa que tuvo lugar el 30 de diciembre de 2002, debido a que con ella renació el estatuto de “reclamación de la víctima”. En este orden de ideas, la principal crítica de los aseguradores apunta hacia las repercusiones financieras que trae consigo la evolución general de la responsabilidad, tendiente a descomponer la garantía inicialmente prevista en el contrato; sin embargo, esta posición ha sido criticada por quienes consideran que afirmar que las compañías de seguro están al borde de la ruina sería tanto como aceptar que la sociedad hace nacer costos que no pueden ser imputados a las propias actividades que son su causa.¹³⁸

Así pues, podría decirse que la única crítica convincente es aquella relacionada con la desnaturalización de la técnica del seguro de responsabilidad, debido a la exclusión del responsable por la víctima, quien cada vez más está presente a través del ejercicio de la acción directa. Esta circunstancia, en opinión de algunos, constituye el preludio de una “metamorfosis del seguro de responsabilidad en seguro de personas”.¹³⁹ La desnaturalización del seguro RC es otro de los factores que los aseguradores señalan como posible causa de la denominada “crisis del seguro de responsabilidad” y que, según su parecer, justificaría el establecimiento de un seguro directo.

137 Rémy Raffi, *Réflexions sur le rôle du temps en assurance de responsabilité*, en *Dalloz Chron.*, 1998, p. 247.

138 Gilles Martin, *La mise en œuvre du principe de précaution et la renaissance de la responsabilité pour faute*, en *Juris Classeur Périodique*, 1999, p. 5.

139 André Favre-Rochex, citado en Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 125.

Invocar la desnaturalización del seguro de responsabilidad supone establecer su naturaleza. Para los aseguradores, el seguro RC, inicialmente concebido como una *garantía de la deuda de responsabilidad del asegurado*, actualmente es concebido como una *garantía del crédito de indemnización de la víctima*, debido a la evolución experimentada por la acción directa, que transforma a la víctima en acreedor directo del asegurador. En la práctica, la garantía del asegurador se ha extendido, entonces, más allá de lo que técnicamente permite la teoría clásica del seguro de responsabilidad.

Según la doctrina, cuando los aseguradores evocan esta “desnaturalización” del seguro de responsabilidad, en el fondo atacan los estupendos progresos alcanzados a efecto de reforzar los derechos de la víctima sobre la indemnización debida por el asegurador de responsabilidad. Para los aseguradores, ya que el seguro de responsabilidad, inicialmente concebido como una relación tripartita entre el asegurador, el asegurado y la víctima, tiende a convertirse en una relación bipartita entre la víctima y el asegurador, el seguro directo concuerda con el desenlace natural de esta evolución.

Así, cuando la responsabilidad ha sido asegurada y la víctima hace uso del instrumento de la acción directa, en realidad quienes entran en contacto inmediato son el asegurador y la víctima misma; por su parte, el responsable asegurado pasa a desempeñar un rol “teórico y casi postizo”¹⁴⁰, “un deudor nominal pero no efectivo al momento de indemnizar”.¹⁴¹ De este modo, pareciera ser mínima la diferencia entre la *colectivización indirecta* que realiza el seguro RC, donde la indemnización por el asegurador está subordinada a la existencia de la responsabilidad en el asegurado, y la *socialización directa*, que no requiere para su ejercicio la prueba de una responsabilidad individual.

El seguro directo encaja dentro de los mecanismos de indemnización colectiva directa de las víctimas, por cuanto toma en cuenta ciertos daños sin la búsqueda previa de la responsabilidad. Así, el seguro directo tiende a separar el problema de la indemnización de las víctimas de la cuestión de la búsqueda de responsabilidades. La consagración del seguro directo ha sido principalmente una idea de los aseguradores. El deseo de reducir el contencioso ha conllevado que

140 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 38

141 Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 16.

ellos elaboren convenciones que busquen regular el conflicto fuera del campo judicial, es decir, a través del acercamiento de la víctima a su propio asegurador. Así, la generalización del seguro directo que defienden los aseguradores apunta a organizar un ámbito donde las diferencias entre aseguradores, asegurados y víctimas puedan resolverse sin recurrir a la vía contenciosa.

En efecto, la puesta en marcha del seguro RC implica la necesidad de establecer la responsabilidad, lo que puede ser resuelto mediante un proceso o una transacción, es decir, por un proceso que resulta largo, costoso y en el que la víctima a menudo se encuentra en posición de debilidad. Ahora bien, según los partidarios de esta figura el aseguramiento directo evitaría tales dificultades, simplemente porque el seguro directo no está subordinado a la prueba de una responsabilidad. Se estima que a través del seguro directo se podría llegar a un arreglo rápido, garantizando los daños que el seguro de responsabilidad no cubre.

Teniendo en cuenta que otro de los reproches dirigidos contra el seguro de responsabilidad consiste en que este incita a los jueces a admitir más fácilmente la responsabilidad de las personas aseguradas, y a favorecer la aparición de más eventos de responsabilidad objetiva, sus detractores consideran que a través del seguro directo puede frenarse esta tendencia excesiva que puede conducir en el futuro a una deformación de la noción de responsabilidad y atentar contra la seguridad jurídica.

En fin, los partidarios de la promoción del seguro directo resaltan como argumento de orden económico que hacer pesar el costo de este seguro sobre la colectividad de las personas expuestas al riesgo —por ejemplo, los pacientes— permite una difusión más amplia que imponer a la colectividad de los acreedores de los riesgos (los profesionales médicos) que es menos numerosa, dado que la tasa de la prima es inversamente proporcional al número de asegurados; por ello, la carga de la reparación sería mejor repartida en el marco del seguro directo. Por otra parte, se estima que para el asegurador el riesgo al cual está expuesto su asegurado es generalmente más fácil de medir que el riesgo de responsabilidad.

Se considera que el seguro tomado directamente por la víctima eventual presenta muchas ventajas sobre el régimen de responsabilidad civil, incluso cuando es cubierto por el seguro. Muchos estiman que un seguro directo sobre la vida y contra los accidentes, o aun un seguro de cosas para los daños a los bienes, suscrito por una víctima potencial, sería una buena solución, y su práctica generalizada

podría ser un remedio alternativo a los demás modos de indemnización colectiva directa o indirecta.

Entre las ventajas que han sido reconocidas a este tipo de seguro y que lo pondrían en un plano superior al seguro RC, se han señalado el costo más reducido de funcionamiento y la moderación de las indemnizaciones que obtienen las víctimas¹⁴²; esta última es la ventaja más evidente del seguro directo con relación al seguro RC.

Por otro lado, a diferencia del seguro RC, se ha señalado como otra ventaja del seguro directo el hecho de que este último fomenta la honestidad de las compañías aseguradoras, cuya falta muchas veces permite obtener de modo más fácil transacciones abusivas. Igualmente, se ha considerado que el seguro directo permite una mejor repartición de los riesgos; para entender ello, se cita el ejemplo de un peatón londinense que, al ver que la acera estaba obstruida, puso el pie sobre la calzada, provocando que un motociclista lo volcara; pero mientras el peatón no sufrió ningún daño, el motociclista, en cambio, resultó muerto y el tribunal condenó al peatón a pagar una renta que representaba una fracción importante de su salario durante toda la vida de la viuda. Otro ejemplo: un pequeño artesano que, haciendo un trabajo sobre una vía comunal, corta por ignorancia el cable que alimenta de electricidad a una fábrica importante. En ambos casos se pregunta si no hubiese sido más satisfactorio que el motociclista y el dueño de la fábrica hubieran contratado un seguro que los protegiera contra estos riesgos, más que imputar una responsabilidad civil para arruinar a este tipo de responsables.¹⁴³

Finalmente, se aprecia como otra ventaja del seguro directo el ser más flexible que el de responsabilidad civil, al permitir a las víctimas eventuales que sean ellas mismas quienes decidan los casos donde desean ser indemnizadas, el monto y las modalidades del aseguramiento; es decir, no obstante el inconveniente de pesar económicamente sobre la víctima, quien debe financiar el costo ofrece la ventaja de la flexibilidad, al dejar a la libre iniciativa de la víctima el grado de protección deseado en función de su necesidad de seguridad.

142 Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 25.

143 André Tunc, *Responsabilité civile et assurance...*, op. cit., p. 352.

La defensa del seguro de responsabilidad contra el seguro directo

Todos estos argumentos en contra del seguro de responsabilidad han sido refutados al argumentar que hacer pesar la carga del seguro sobre la colectividad de personas expuestas al riesgo, exonerando a la colectividad de los creadores del riesgo, constituye una injusticia que no puede legitimarse de ninguna manera, ni siquiera por el hecho de que la actividad riesgosa aproveche a la sociedad en su conjunto, ya que ello podría entrañar graves discriminaciones sociales¹⁴⁴, debido al hecho de que muchas personas no son conscientes de los riesgos a los que están expuestos y, por ello, no se aseguran; o que al contrario: incluso estando conscientes de ello, no cuentan con los medios económicos para asegurarse. En consecuencia, si estas personas son privadas de la posibilidad de beneficiarse de una responsabilidad garantizada por un seguro eficaz, en caso de un daño resultado de la realización de los riesgos provenientes de la actividad de otra persona, se llegaría a constituir una sociedad con dos niveles de víctimas, lo cual es inaceptable, pues las personas estarían aseguradas de acuerdo con sus medios y no según sus necesidades.¹⁴⁵

La disposición de medios financieros para contratar el seguro personal es un factor importante que ha de tenerse en cuenta al momento de analizar los obstáculos a la aseguración privada. En efecto, una parte importante de la población vive tan preocupada por las necesidades y problemas cotidianos que está casi incapacitada para hacer un esfuerzo en la prevención de daños futuros.

Se analiza, incluso, la posibilidad de que el seguro individual pueda acrecentar, más que la responsabilidad civil, las desigualdades sociales¹⁴⁶, pues se estima que los titulares de grandes rentas no dudarán en asegurarse ampliamente, pero muchos podrían quedar sin cobertura por falta de educación o simplemente por falta de medios. En consecuencia, para las personas con una renta modesta, la responsabilidad civil constituye una protección indispensable, pues por debajo de la escala, ciertas categorías sociales, como los trabajadores ocasionales, trabajadores informales, indigentes, no tienen siquiera acceso a la responsabilidad civil.

144 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 502.

145 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 84.

146 André Tunc, Où va la responsabilité civile aux États-Unis ?, en *Revue internationale de droit comparé*, n.º 3, 1989, p. 723.

Desde estas condiciones, el seguro personal directo *facultativo y voluntario* no pareciera una solución racional que pudiera permitir su generalización¹⁴⁷, dado que se estaría frente a una sociedad con efectos sociales discriminatorios en razón a la diversidad de las víctimas existentes, una sociedad donde el seguro directo beneficiaría solo a una cierta categoría de la población. Por lo tanto, según muchos autores, no sería socialmente aceptable que este tipo de seguro pudiera pretender el reemplazo de la responsabilidad en su función indemnizatoria.

Ahora, si bien el carácter facultativo de esta clase de seguro aparece como inapropiado, lo propio sucede con el carácter obligatorio. En efecto, aun los más fervientes partidarios del seguro directo reconocen el carácter utópico de una tal obligación, en razón a que la opinión pública no posee la madurez suficiente para verse imponer un seguro obligatorio de personas; para lograr ello, se necesitaría tal vez una promoción incansable de este tipo de seguro, a fin de que poco a poco se logre estimular su contratación.¹⁴⁸

Por otro lado, en contra de la consagración del seguro privado, se estima que la tendencia dominante hoy en día es favorable a la internalización de los costos externos, como un factor de prevención y, en consecuencia, de reducción de los costos sociales de la reparación. En efecto, la internacionalización obliga a hacer recaer la carga del seguro sobre quienes crean los riesgos, y no sobre quienes están expuestos a ellos; por lo tanto, desde esta perspectiva se controvierte el argumento según el cual el seguro directo es más acorde con la buena gestión económica.¹⁴⁹

Por otra parte, la contratación de un seguro directo requeriría también de ciertos medios intelectuales o culturales, lo cual constituye otro de los obstáculos que los autores franceses reconocen a la propuesta del seguro directo por parte de la víctima. Se estima que culturalmente los individuos están más interesados en asegurar sus bienes que su propia persona; por consiguiente, este poco interés respecto a la aseguración contra los accidentes corporales hace presagiar que, en este ámbito, existe una tendencia natural a buscar la reparación a través del instituto de la responsabilidad. En efecto, se considera que nuestra cultura latina nos

147 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 201.

148 Françoise Chabas, *L'assurance de personne au secours du droit...*, op. cit., p. 89.

149 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 85.

incita naturalmente a contar con el esfuerzo de los demás para beneficiarnos de prestaciones confortables; esto implica imputar al vecino la responsabilidad del daño ocasionado.¹⁵⁰

De igual manera, se observa que el sistema del seguro directo a cargo de las víctimas potenciales traería como resultado la supresión misma de la responsabilidad, por lo cual la clandestinidad en la determinación misma de la responsabilidad constituye otra de las críticas a esta propuesta. En consecuencia, alguna doctrina francesa ha planteado como propuesta alternativa la de suprimir algunas categorías de daño reparable o instaurar *forfaits* y *plafonds* como límites a la reparación.¹⁵¹ Incluso se ha planteado una modalidad más realista para lograr la generalización del seguro directo sin aumentar las desigualdades sociales. Se trata de una solución intermedia entre el seguro facultativo y el seguro obligatorio, esto es, la incorporación de una garantía obligatoria a un contrato facultativo¹⁵², es decir, adjuntar una contribución suplementaria al seguro *multirisques habitation* (riesgos múltiples para vivienda), garantía esta última que, sin ser obligatoria, cubre más del 95% de la población francesa. Esta solución fue advertida sobre todo en materia de indemnización de las víctimas de accidentes médicos, campo en el cual se plantearon en Francia los más complejos debates sin que haya sido acogida como solución definitiva.

En este orden de ideas, ¿cómo legitimar entonces la transferencia de una parte de la carga de la reparación desde aquel que crea el riesgo a través de su actividad (sistema de responsabilidad civil) hacia aquel que lo soporta (sistema de seguro directo)?; es decir, ¿cómo justificar que todos tengan que asegurarse contra los accidentes que solo pueden ser cometidos por algunos? Este interrogante se ubica entre una de las más renombradas problemáticas que trae consigo esta propuesta, sobre todo cuando se admite que “para las personas con una renta modesta, la responsabilidad civil constituye una protección indispensable”.¹⁵³ Todo ello ha llevado a concluir, se repite, que el seguro directo no es el mecanismo idóneo para reemplazar la función de indemnización del derecho de la responsabilidad civil.

150 Henri Margeat, Déclin, rémanence ou renaissance de la responsabilité civile, en *Risques*, n.º 10, 1992, p. 32.

151 Françoise Chabas, L'assurance de personne au secours du droit..., *op. cit.*, p. 87.

152 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 204.

153 André Tunc, Où va la responsabilité civile aux États-Unis..., *op. cit.*, p. 724.

Por otra parte, una problemática más que se patentiza tiene que ver con la oposición que existe entre el principio de la reparación integral, atributo propio de la responsabilidad, y el seguro directo, cuando este último recurre al método de reparación con base en techos o topes de garantía (*plafonds*). Muchos autores, al interrogarse sobre la eficacia de la indemnización realizada a través de la responsabilidad civil, hacen valer como ventaja de este instituto esencialmente el principio de la reparación integral, el cual se muestra efectivamente más favorable a las víctimas que el sistema de seguro directo, cuando este se otorga con base en *plafonds* o techos de garantía; sin embargo, a este respecto, debe tenerse en cuenta que el principio de reparación integral no es de la esencia de la responsabilidad, de tal suerte que puede, en ciertos casos, ser eliminada a través de cláusulas limitativas.¹⁵⁴

La propuesta por un seguro directo se caracteriza por su carácter indemnizatorio, conforme el cual el asegurador se compromete solo por un valor que no supera el monto del perjuicio sufrido por el asegurado. Sin embargo, dado que el principio de la libertad contractual permite que el asegurador planifique convencionalmente su garantía, todo dependerá de los términos en que ha sido establecido el contrato de seguro. Empero, se estima que dentro del mercado es frecuente encontrar contratos que, no obstante la afirmación del carácter indemnizatorio, la reparación está lejos de estar conforme al derecho común, el cual exige una reparación integral del daño ocasionado. En efecto, dentro de las pólizas ofrecidas, todos los perjuicios no son indemnizados, además de la estipulación de franquicias mayores al 10%, cuando en realidad el 90% de las incapacidades son inferiores a 10%.¹⁵⁵

En este orden de ideas, para que el seguro directo respete el principio de la reparación integral, se exige no solo que la garantía ofrecida tome en cuenta el conjunto de los perjuicios sufridos por la víctima, sino también que su nivel de indemnización sea comparable con aquella que se otorga a nivel judicial. Con el objetivo de lograr una armonización de las indemnizaciones por daños corporales, en Francia se propuso la publicación de un Archivo Nacional de Indemnizaciones; sin embargo, la gestión de este archivo fue confiada a una

154 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 59.

155 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 227.

asociación que dependía totalmente de los aseguradores, hecho que infortunadamente alteró su transparencia y fines iniciales.¹⁵⁶

El seguro directo tiene como objetivo reducir el contencioso de la responsabilidad; sin embargo, mientras persistan las diferencias entre la indemnización que se otorga a través de una decisión judicial y aquella propuesta por el asegurador directo, resulta muy difícil imaginar que dicho objetivo pueda ser alcanzado. En verdad, mientras las víctimas sigan considerando que las indemnizaciones que otorgan las aseguradoras son insuficientes, los litigios serán difícilmente evitables. En este orden de ideas, se ha vislumbrado como única condición para que el seguro directo logre no solo disminuir el contencioso relativo a la responsabilidad, sino también indemnizar, según el derecho común, que las indemnizaciones propuestas por los aseguradores sean muy cercanas a aquellas otorgadas por los jueces; es decir, que la indemnización propuesta por el asegurador ofrezca las mismas garantías que la indemnización judicial.

Para lograr este objetivo, parte importante de la doctrina francesa contempló la posibilidad de instaurar un *baremo oficial*; no obstante, otro sector se opuso a ello en virtud del principio de la reparación integral, que supone necesariamente el respeto de las particularidades de cada víctima. Para escapar a este dilema, finalmente se sugirió admitir que la noción de reparación integral no tenía ningún significado en lo concerniente al daño moral y que para respetar una cierta igualdad entre las víctimas no había otro mecanismo que elaborar una *tarifación oficial* que podía dejar cierto margen de apreciación al juez.¹⁵⁷

En efecto, para la evaluación de las indemnizaciones destinadas a compensar los daños morales, algunos autores consideran que el derecho francés es insuficiente y totalmente irrealista. Se afirma que si hasta el presente no se ha propuesto ninguna tarifación al respecto, ha ocurrido así para respetar el principio de la reparación integral. Pero según los autores, reparar integralmente con dinero aquello que no tiene correspondiente pecuniario alguno no tiene ningún significado. De este modo, como los jueces no poseen ninguna referencia ni ninguna tarifación oficial como base, se sienten constreñidos a crear e imponer a ellos mismos una tarifa, la cual escapa a todo control y se convierte a la vez en anarquía y

156 Ibid., p. 223.

157 Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les effets de la responsabilité...*, op. cit., p. 280.

arbitrariedad. Desde esta perspectiva, en función de vislumbrar una solución, los autores consideraban necesario admitir que la noción de reparación integral no poseía ninguna significación en lo concerniente al daño moral, pues dicho principio exige que todos los perjuicios sean reparados, por lo que resulta ilusorio cuando se está frente a perjuicios respecto a los cuales es imposible suministrar una reparación; en consecuencia, se consideraba que no había otro medio que elaborar una *tarifación oficial*.¹⁵⁸

Esta proposición no tuvo ningún efecto, no obstante vislumbrarse como una buena solución dentro de la perspectiva de una generalización del seguro directo y con el objetivo de evitar que los aseguradores instauraran un baremo convencional que fijara indemnizaciones inferiores a las del derecho común. Hoy en día, se considera que al tener el asegurador el poder contractual de prever la reparación no de todos sino de algunos de los daños ocasionados, reservándose el ejercicio de la subrogación, el principio de la reparación integral se encuentra amenazado.

En consecuencia, surgió el interrogante sobre si la negación del principio de la reparación integral era una particularidad de los procesos de colectivización o socialización directa de los daños. Respecto a esta concepción, hay quienes sostienen que nada permite afirmar que dichos procesos sean incompatibles con el principio de la reparación integral, pues si bien algunos consideran que el asegurador directo que elude la búsqueda de un responsable en la fase de la indemnización debería, por las mismas razones, otorgar una reparación limitada, otros señalan que la ausencia de esta búsqueda del responsable es solo provisional, ya que una vez que la víctima es indemnizada, el asegurador directo se puede subrogar en los derechos de ella para accionar contra el responsable. Desde esta perspectiva, el seguro directo debería, entonces, ofrecer a la víctima una reparación lo más completa posible, una indemnización en las mismas condiciones que el derecho común.¹⁵⁹

Así pues, el principio de reparación integral no se pondría en tela de juicio por el carácter directo de los procesos de reparación, ya que las víctimas, al beneficiarse de un seguro directo, participarían en la carga financiera del perjuicio que sufren, a través del pago de la prima del seguro, hecho que justifica su pretensión

158 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 39.

159 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 231.

por una reparación del daño. Pero, no obstante esta reflexión, los partidarios del seguro directo —en su mayoría aseguradores— insistieron en finiquitar cualquier vínculo con dicho principio.

Los aseguradores, deudores eventuales de la indemnización, estiman que el principio de la reparación integral del daño no es adecuado a la sociedad moderna y que, por lo tanto, es imprescindible aceptar una reparación limitada. Tal concepción conllevaría que, en la práctica, se aumenten los procesos de responsabilidad, ya que el asegurado-víctima que hubiere recibido una indemnización parcial se vería obligado a accionar contra el responsable o su asegurador, en su afán de obtener la indemnización de los perjuicios no garantizados por el seguro directo, es decir, en su deseo de lograr una reparación integral.

Otra de las explicaciones que los aseguradores dan para justificar una reparación limitada la constituye el costo global de un sistema de indemnización fundado en el principio de la reparación integral. Quienes critican esta posición señalan que en el marco del seguro directo no existe ninguna razón para limitar la indemnización, ya que la financiación de la reparación estaría ampliamente asegurada por el conjunto de las víctimas potenciales, además de la subrogación que beneficiaría al asegurador directo, la cual le permitiría recuperar el valor de las sumas pagadas. En efecto, el seguro directo libera el derecho a la indemnización de la víctima de los problemas ligados al establecimiento de una responsabilidad, pero una vez la víctima es indemnizada, gracias al ejercicio de la subrogación, reaparece la posibilidad de establecer la responsabilidad de aquella persona que, en definitiva, tendrá que soportar la carga de la indemnización.

De este modo, en lo concerniente a la función preventiva de la responsabilidad, la doctrina considera que para preservar esta función gracias al ejercicio de la subrogación, se requeriría una transformación total, es decir, sería necesario que el ejercicio de la subrogación quedara subordinado a la prueba de una culpa, que su amplitud fuera medida conforme la gravedad de la culpa y no del daño, y sobre todo que su seguro fuera prohibido.¹⁶⁰

En efecto, en un sistema de seguro directo, si bien la responsabilidad no es una condición necesaria para el ejercicio del derecho a la indemnización del asegurado-víctima —lo cual representa, en principio, una gran ventaja si se compara

160 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 55.

con el mecanismo del seguro RC, que condiciona la indemnización a la demostración de este elemento—, la responsabilidad puede retomar su importancia en una fase posterior, en la cual el asegurador directo arremete contra el responsable mediante el ejercicio de la subrogación, convirtiéndose esta última en el único mecanismo que permite restablecer el orden conforme al principio indemnizatorio, haciendo soportar la carga definitiva de la reparación al responsable.

Así las cosas, cuando existe de por medio un responsable, la financiación del riesgo está doblemente asegurada por las primas percibidas en el seguro directo y por aquellas recaudadas en el seguro de responsabilidad. Desde esta perspectiva, podría entonces afirmar que el asegurado-víctima en el seguro directo tiene el derecho a una indemnización lo más completa posible.

Tratando este tema, no debe pasarse por alto otro aspecto relacionado con el seguro privado, más concretamente con la aplicación del principio de la *compensatio lucri cum damno* o reducción del monto del daño resarcible por la concurrencia de un lucro.¹⁶¹ Especialmente se ha debatido si es posible o no que la víctima-asegurada pueda acumular el resarcimiento debido por el responsable, con la indemnización debida por su propio asegurador privado. Luego de algunas deliberaciones se ha concluido que si el daño causado por el médico fuese indemnizado por el asegurador privado de la víctima, esta podría de todos modos demandar al médico responsable, siempre y cuando su pretensión fuera la de obtener el resarcimiento del eventual excedente no cubierto por su asegurador personal.¹⁶²

Así pues, se puede afirmar que esta propuesta dirigida hacia la consagración de un seguro directo que substituya la institución de responsabilidad en su función reparadora, propuesta planteada principalmente en Francia para hacer frente a una presunta crisis del seguro de responsabilidad, posee algunos argumentos a favor y muchos en contra. En tal entendido, entre tanto dichos obstáculos no se superen, es preciso seguir pensando en términos de una responsabilidad civil garantizada a través del ejercicio de un seguro RC; o incluso, como lo reconoce actualmente la doctrina en Francia, puede pensarse en un sistema de doble aseguramiento, es decir, un sistema en que las dos formas de seguro continúen

161 Adriano de Cupis, *El daño*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 327.

162 Marco Rossetti, *Attività medica e assicurazione della responsabilità civile*, en *Assicurazioni*, 1999, p. 448.

desarrollándose simultáneamente no obstante los costos globales que dicho sistema implica,¹⁶³ y además, porque como se señaló anteriormente, aun los partidarios del seguro directo nunca han planteado suprimir el recurso del asegurador contra el responsable.

163 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 86.

SISTEMAS DE ASEGURAMIENTO OBLIGATORIO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

A diferencia del seguro voluntario o facultativo, donde los derechos y las obligaciones están sometidos a la libre voluntad de las partes, el seguro obligatorio nace y se impone a las partes por ministerio de la ley¹⁶⁴, y es esta la que señala el deber de suscribirlo. Para el caso del seguro RC, es ella la que fija las hipótesis de responsabilidad respecto a las cuales subsiste la obligación de asegurarse y precisa, además, las características de principio que deben destacar las pólizas predispuestas por las compañías de seguros.¹⁶⁵ En efecto, aquí no se trata de un seguro automático, sino de un seguro obligatorio que deja cierto margen de libertad a las partes.¹⁶⁶ De este modo, la delimitación del riesgo asegurado y la predisposición de las condiciones de la póliza incumben en particular al asegurador, quien tiene la obligación de valorar el riesgo a efecto de aplicar las condiciones más convenientes, ofreciendo pólizas con las cuales resulten cubiertas las responsabilidades y los casos definidos por la ley; por su parte, el asegurado tiene la facultad de elegir la compañía aseguradora que más le convenga de acuerdo con sus intereses.

El seguro obligatorio constituyó una novedad crucial en materia de seguros, si se tiene en cuenta que desde su aparición y durante casi seis siglos el

.....
164 Francisco Soto, El seguro obligatorio..., *op. cit.*

165 André Favre-Rochex y Guy Courtieu, *Le droit des assurances obligatoires*. París: LJGD, 2000, p. 10; Fernando Reglero, El seguro de responsabilidad civil, en *Lecciones de responsabilidad civil*. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 180.

166 Francisco Soto, El seguro obligatorio..., *op. cit.*

aseguramiento había sido siempre voluntario, no siendo concebible una obligación legal de estipularlo. La visión primigenia individualista, propia de la génesis de la figura, fue puesta en examen debido a la amplia potencialidad que el seguro conllevaba para la época contemporánea. Nació así la idea de poner a cargo del sujeto cuya actividad resulta potencialmente dañosa, la obligación de estipular un seguro, con el fin de proteger los intereses de terceras personas.¹⁶⁷

El objetivo fundamental que se persigue con la instauración de un seguro obligatorio es, entonces, la búsqueda de una óptima seguridad material de terceros; se busca que un seguro proclamado obligatorio esté dotado de una eficacia capaz de procurar la seguridad que se espera; dicha seguridad es función principal de los montos de garantía, del campo de la inoponibilidad y de la aplicación de la garantía en el tiempo.

Con la obligación de asegurarse se pasa de una finalidad económica, propia del seguro, a una finalidad social o por lo menos socioeconómica; dicho de otro modo, si con el seguro de responsabilidad lo que se pretende es evitar que el patrimonio del responsable resulte afectado, con la obligación de asegurarse lo que se busca es proteger una categoría de individuos que a menudo resultan ser potenciales víctimas, favoreciendo y sirviendo de este modo el interés general.

En definitiva, la obligatoriedad del seguro aparece como el instrumento más idóneo para satisfacer imprescindibles exigencias de interés público. En efecto, se estima que “la disciplina del contrato de seguro no puede limitarse a buscar un equilibrio contractual entre los contratantes, sino que debe también, por encima del interés común de ellos, permitir la realización de aquellos fines generales que la justicia social impone”.¹⁶⁸ Así pues, la obligación de suscribir un seguro se estructura pensando en las víctimas y en facilitar ciertas garantías de prestación mínimas. El seguro obligatorio se ofrece como una necesidad social, por su consideración de beneficio para los perjudicados.

Estudiado lo anterior, a continuación se procede a examinar el régimen de seguro RC médica aplicable en las siguientes dos áreas jurídicas objeto de estudio: Francia e Italia. El primero, establecido desde 2002; el segundo, más cercano al sistema colombiano, instaurado recientemente cuando desde 2014 se empezó a

167 Antonio La Torre, *Assicurazione (genesi ed evoluzione)*, en *Enciclopedia del diritto, annali I*, 2007, p. 74.

168 M. Stolfi, *L'assicurazioni obbligatorie di responsabilità civile*, en *Assicurazioni*, 1969, p. 541.

dar el paso definitivo hacia el establecimiento de un sistema obligatorio de garantía en este sector.

Estructura del sistema francés frente al aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil médica

El sistema francés consagra un seguro obligatorio para la responsabilidad médica, respondiendo de este modo con la caracterización que se hace de Francia como uno de los países récord en seguros obligatorios, ya que su número supera el centenar¹⁶⁹, no obstante ser un país liberal, donde se supone que la obligación de asegurarse debiera ser excepcional para primar la libertad contractual.

Se dice que actualmente en Francia toda nueva actividad entraña un nuevo seguro de responsabilidad obligatorio; de este modo, a manera de ejemplo, se encuentra la consagración de seguros RC obligatorios para el ejercicio de las agencias de viaje, la organización de espectáculos musicales, los intermediarios de seguros, la conducción de automóviles, la práctica de la caza, las actividades que involucran riesgos nucleares, las actividades de construcción, las explotaciones agrícolas autónomas o independientes, entre otros.¹⁷⁰

Antes de consagrarse la obligación de asegurar la responsabilidad civil médica, la que tuvo lugar con la expedición de la Ley 2002-303 del 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los pacientes y a la calidad del sistema de salud, modificada por la Ley 2002-1577 del 30 de diciembre de 2002, el seguro RC en el campo médico, salvo algunas excepciones limitadas¹⁷¹, era en principio facultativo. En efecto, la legislación aplicable a las sociedades civiles profesionales imponía tanto a la sociedad como a los médicos la obligación de contratar un seguro de responsabilidad profesional; en el campo de las investigaciones biomédicas también se imponía a su promotor la obligación de suscribir un seguro que garantizara la responsabilidad civil; finalmente, los establecimientos de transfusión sanguínea estaban también obligados a contratar un seguro que cubriera todos los

169 Claude Delpoux, Les assurances de responsabilité..., *op. cit.*, p. 759; Bernard Foussat, La solidarité et les assurances obligatoires, en *Revue Générale du droit des assurances*, n.º 3, 2002, p. 841; Henri León, Jean Mazeaud y Françoise Chabas, *Traité de la responsabilité civile délictuelle*..., *op. cit.*, p. 440.

170 Luc Mayaux, Assurance: généralités..., *op. cit.*, p. 48.

171 Jean Penneau, *La responsabilité du médecin*, 3.ª ed. París: Dalloz, 2004, p. 76.

riesgos respecto de los cuales pudiera asumir, incluso sin culpa, una responsabilidad derivada de los daños causados a los donadores en razón de la extracción.

No obstante, se estima que en Francia, desde una época anterior al 2002, ya existían las condiciones propicias para volver obligatoria la suscripción de esta clase de seguro, pues la casi totalidad de los médicos se encontraban asegurados¹⁷², sin hablar de la posición favorable al aseguramiento obligatorio que era propiciada por la mayoría de la doctrina que consideraba que el legislador aportaría una mejora decisiva al régimen de la reparación de los daños, imponiendo a toda persona la obligación de contratar un seguro que cubriera todas las responsabilidades a las cuales está expuesto en su vida profesional y privada¹⁷³; por lo tanto, la consagración del seguro obligatorio en este campo no hizo más que elevar a la categoría de obligación legal una práctica general y constante.

Actualmente en dicho país, tanto los profesionales de la salud que ejercen a título liberal como los establecimientos de salud tienen la obligación de suscribir un seguro que garantice la responsabilidad civil derivada del ejercicio de la actividad médica.¹⁷⁴ Solo una excepción a esta obligación ha sido permitida para aquellos establecimientos públicos de salud que dispongan de recursos financieros suficientes que les permitan indemnizar los daños en las mismas condiciones que resultarían de un contrato de seguro (artículo L 1142-2 pár. 2 CSP). Esta es la situación de los *Hôpitaux de l'Assistance publique* en París, debido a su gran volumen de actividad y al presupuesto, que les permite hacerse cargo de las consecuencias financieras de los daños respecto los cuales pueden ser declarados responsables.

El incumplimiento de esta obligación es susceptible de ser sancionada con una multa equivalente a 45.000 euros o una eventual interdicción de ejercer la actividad profesional respecto las personas físicas, y una multa igual al quíntuple cuando se trata de personas morales.¹⁷⁵ También debe tenerse en cuenta que el

172 Pierre Sargos, *Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale*, en *Dalloz*, n.º 43, 1996, p. 367.

173 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité*. París: LGDJ, 1995, p. 299.

174 Angelo Castelletta, *Responsabilité médicale. Droits des malades*. París: Dalloz, 2002, p. 214; Frédéric-Jérôme Pansier, *L'obligation d'assurance des professionnels et des établissements*, en *Petites affiches*, n.º 22, 2002, p. 93.

175 Artículos L 1142-25 y L 1142-26 del Código de Salud Pública (Code de la santé publique); André Favre-Rochex y Guy Courtieu, *Le droit des assurances obligatoires...*, *op. cit.*, p. 30; Frédéric-Jérôme Pansier y

hecho de no suscribir un seguro obligatorio se constituye en una culpa generadora de responsabilidad; sin embargo, para que el incumplimiento de esta obligación sea suficiente para comprometer la responsabilidad de su autor, se requiere que haya sido perjudicial. En este caso, el daño está constituido por la imposibilidad en que se halla el tercero lesionado de poder obtener del asegurador la reparación de los daños. La no suscripción de un seguro obligatorio de responsabilidad priva a la víctima de la posibilidad de un deudor reputado solvente: un asegurador que se hace cargo en todo o en parte de la indemnización del daño. Finalmente, se habla de la posibilidad de responder disciplinariamente por el no respecto de la obligación de asegurarse, pues se estima que cuando el médico no se asegura, dejando al paciente al que le ha causado un daño sin ninguna indemnización, dicho comportamiento constituye una falta grave a sus obligaciones profesionales.¹⁷⁶

En Francia, la mayoría estima que el establecimiento de un sistema de aseguramiento obligatorio para la responsabilidad civil médica ha sido un paso positivo en el avance hacia el desarrollo del régimen de responsabilidad. Un sistema que se caracteriza por proponer la coexistencia de una responsabilidad médica arraigada en la culpa como fundamento y la práctica de un seguro RC obligatorio; es decir, una responsabilidad que, a pesar de considerar a un tercero encargado de indemnizar el daño, permanece anclada a la culpa como su fundamento, limitando se esta manera los eventos de responsabilidad objetiva.¹⁷⁷

Entre las principales características esbozadas para el ejercicio del seguro obligatorio de responsabilidad civil médica en Francia, se encuentran las que a continuación se señalan. Como primera medida, respecto al campo de aplicación del seguro RC obligatorio para la actividad médica, puede decirse que se trata de un campo bastante amplio, ya que cubre todas las categorías de profesionales de la salud, las personas naturales y las jurídicas, de derecho público o privado, por las responsabilidades a que se exponen en su actividad médica ya sea por su culpa o sin ella.

Cyrille Charbonneau, Commentaire de la Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades (suite et fin), en *Petites affiches*, n.º 53, 2002, p. 12; Marie Luce Demeester, L'assurance des risques de santé et la loi n.º 2002-303 du 4 mars 2002, *Revue de droit sanitaire et social*, n.º 4, 2002, p. 788.

176 Marjorie Brusorio-Aillaud, Responsabilité médicale. Assurance obligatoire de la responsabilité médicale, en *Feuilles mobiles Litec Droit médical et hospitalier*, fasc. 25, 2016.

177 Ibid.

A este respecto, el artículo L 1142-2 del CSP dispone:

Los profesionales de la salud que ejercen a título liberal, los establecimientos de salud, servicios de salud y organismos [...] que ejerzan actividades de prevención, de diagnóstico o de asistencia médica, así como los productores, explotadores y proveedores de productos de salud [...] están obligados a suscribir un seguro destinado a garantizar su responsabilidad civil o administrativa susceptible de ser comprometida en razón a los daños sufridos por terceros y que resulten de atentados a la persona que sobrevengan en el marco de esta actividad de prevención, diagnóstico o asistencia médica.¹⁷⁸

En cuanto al monto y los *plafonds* de garantía, se puede afirmar que, en principio, se trata de un seguro que debe cumplir un rol de garantía integral, salvo los *plafonds* de garantía autorizados¹⁷⁹, a través de los cuales la ley consagra la posibilidad de estipular valores límites, pero concernientes solamente a los profesionales de la salud que ejercen a título liberal, pues para los establecimientos se ha preferido que las limitaciones sean negociadas libremente, teniendo en cuenta la especificidad de cada establecimiento.

Según el Decreto 2003-288 del 28 marzo de 2003, “los *plafonds* de garantía [...] no pueden ser inferiores a 3 millones de euros por siniestro y a 10 millones de euros por año de seguro”. Y en cuanto a que el *plafond* limita la garantía en su monto, este es oponible al tercero-víctima.¹⁸⁰ Esta disposición ha generado que algunos autores teman que, tratándose de los establecimientos de salud y con el fin de reducir el costo de las primas, sean acordados *plafonds* que al final resulten insuficientes para cubrir la responsabilidad de estos; situación que pone a los asegurados en una posición incierta.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que no existe ningún texto que prevea un *plafond* obligatorio de garantía que imponga al asegurador limitar sus compromisos. La instauración de una obligación de seguro de responsabilidad

178 Traducción libre de la autora.

179 Yvonne Lambert-Faivre, *La loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. III. L'indemnisation des accidents médicaux*, en *Dalloz*, n.º 17, 2002, p. 1369; M. Albertin, *L'assurabilité du risque de responsabilité professionnelle des médecins et des établissements de soins*, en AA.VV., *Le risque médical*. Aix-en-provence: PUAM, 2003, p. 120; André Favre-Rochex y Guy Courtieu, *Le droit des assurances obligatoires...*, *op. cit.*, p. 19.

180 Patrice Jourdain (coord.), *Le nouveau droit des malades et indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques*. París: Litec, 2002, p. 95.

generalmente se acompaña de la determinación de un monto mínimo de garantía; sin embargo, cuando la garantía es declarada sin limitación alguna, la estipulación contractual de un *plafond* se tiene como no escrita. Por lo tanto, se considera que dicha estipulación es lícita cuando se confiere expresamente a las partes el derecho de determinar la extensión de las garantías; al contrario, su legalidad es discutible cuando los textos no dicen nada.¹⁸¹

Esta obligación de asegurarse a cargo de los médicos y los establecimientos hospitalarios a su vez ha sido avalada por una obligación de aseguramiento impuesta al asegurador. Así, con el fin de que el asegurador no eluda su obligación a través de la fijación de primas excesivas o la negativa a otorgar el seguro, se creó una Oficina de Fijación de Tarifas (*Bureau central de tarification*)¹⁸², cuya principal función concierne la fijación de un valor promedio adecuado de la prima y, llegado el caso, la franquicia a cargo del asegurado. Igualmente, ha sido prevista la nulidad de toda cláusula de reaseguro que tienda a excluir ciertos riesgos de la garantía del reaseguro en razón a la tarificación adoptada por la *Bureau central de tarification*.¹⁸³ Este organismo, al fijar la prima equitativa en caso de conflicto, se convierte en el complemento indispensable de una obligación de aseguramiento, y el incumplimiento por la compañía de seguros de las medidas adoptadas por este organismo lleva a la aplicación de sanciones disciplinarias previstas en el Código de Seguros. La misión de este instituto es primordial tanto para las cargas financieras de los actores de salud como para el equilibrio contable de las sociedades de seguros.¹⁸⁴

En principio, la fijación del monto de la franquicia es dejada a la libre apreciación de las partes en el contrato de seguro; sin embargo, se considera que dejar a su criterio dicha determinación constituye una cuestión delicada en tanto que es previsible que los aseguradores traten de imponer franquicias elevadas o incluso traten de sujetarse a las franquicias que impone la *Bureau central de tarification*,

181 André Favre-Rochex y Guy Courtieu, *Le droit des assurances obligatoires...*, op. cit., p. 19.

182 El Decreto 2003-168 del 28 febrero 2003 determina las competencias de la B.C.T ; G. Durry, La solidarité et le Bureau Central de Tarification, *Revue générale de droit des assurances*, n.º 3, 2002, p. 846.

183 André Favre-Rochex y Guy Courtieu, *Le droit des assurances obligatoires...*, op. cit., p. 21; Frédéric-Jérôme Pansier y Cyrille Charbonneau, Commentaire de la Loi du 4 mars 2002..., op. cit., p. 12.

184 Marie Luce Demeester, L'assurance des risques de santé..., op. cit., p. 789; Yvonne Lambert-Faivre, La crise de l'assurance responsabilité..., op. cit., p. 142.

caracterizadas por su elevado valor¹⁸⁵; por ello, se considera que lo más conveniente sería que el legislador fijara un valor máximo.

El Código de Seguros (artículo R 250-4-1) prevé sumas máximas para las franquicias cuyo monto varía según la naturaleza de las actividades; sin embargo, se considera que ellas resultan muy elevadas. En efecto, para los profesionales que ejercen a título liberal, el monto máximo para la franquicia ha sido fijado en 10.000 euros por siniestro, con un límite de 200.000 euros por año de seguro, o también una franquicia con un monto máximo del 20% de la indemnización con un límite de 100.000 euros por año asegurado. Para los demás sujetos (establecimientos de salud), el monto máximo para la franquicia ha sido fijado en 20% del monto del *plafond* de garantía previsto en el contrato, o una franquicia proporcional cuyo monto máximo ha sido fijado en 30% del monto de la indemnización debida.

En lo que respecta a la garantía del seguro RC en el tiempo, el sistema francés consagró un plazo de prescripción para las acciones de responsabilidad, equivalente a diez años contados a partir de la consolidación del daño. Esta disposición se consideró difícil de administrar por parte de las aseguradoras, que tendrían que enfrentarse a daños cuya consolidación pudiera presentarse en tiempos muy lejanos o incluso a consolidaciones imposibles. Por este motivo, bajo la presión de los aseguradores se promulgó la Ley 2002-1577 del 30 de diciembre de 2002, a través de la cual el legislador aligeró la carga financiera que en materia de responsabilidad médica pesaba sobre ellos, no solo reduciendo el campo de la responsabilidad que incumbe a los profesionales o establecimientos de salud, sino también disminuyendo la garantía ofrecida por los contratos de seguro.

En lo concerniente al primer aspecto, la ley transfirió una parte de la indemnización de los daños que resultan de infecciones nosocomiales a la solidaridad nacional. Por otra parte, la modificación más importante realizada al régimen jurídico de los contratos de seguro en materia de responsabilidad médica tuvo que ver con la duración o término de garantía. De este modo, renació el estatuto de “reclamación de la víctima”, que, contrariamente a las cláusulas de reclamación clásicas, estableció que la reclamación debía ser formulada durante el periodo de validez del contrato, cualquiera fuera la fecha de los otros elementos constitutivos

185 Guy Courtieu, L'assurance obligatoire de la responsabilité médicale, en *Responsabilité civile et assurances*, n.º 4, 2003, p. 6.

del siniestro, es decir, incluso si el hecho generador no hubiese ocurrido durante este mismo periodo.

La Ley 4 de marzo de 2003 instituyó un plazo uniforme de prescripción de las acciones de responsabilidad equivalente a diez años; sin embargo, los aseguradores objetaron que el punto de partida de dicha prescripción fuera la fecha no de realización del daño, sino de su consolidación. En efecto, el día de la consolidación del daño generaba problemas en aquellos eventos de muerte, herida o infección, ya que en estos casos para el asegurador no era posible prever el punto de partida de la prescripción. Ante esta circunstancia, el legislador optó por una solución contraria a la jurisprudencia de la Corte de Casación y del Consejo de Estado, es decir, calcular la duración de la garantía no más a partir del daño, sino de la reclamación formulada por la víctima.¹⁸⁶

Esta disposición rompió la jurisprudencia que había juzgado nulas todas las cláusulas de reclamación de la víctima (*claims made*); sin embargo, varios límites fueron establecidos a fin de evitar los efectos abusivos que se podrían ocasionar a través de estas cláusulas de reclamación; por ejemplo, frente a la amenaza ante la cual están los asegurados por la ocurrencia de acciones no cubiertas por la prescripción de diez años, se creó aquella garantía que cubre las reclamaciones relativas al daño ocurrido durante la vigencia del contrato y que han sido formuladas durante un plazo suplementario, convenido con el asegurador, que no puede ser inferior a cinco años. Si bien este plazo es menor que el término de prescripción, es mejor que las cláusulas habituales cuya duración de garantía posterior es limitada a seis meses o un año.¹⁸⁷ Pero, en definitiva, la doctrina considera que las cláusulas de reclamación, “inadmisibles en derecho y en equidad, constituyen una mala respuesta de los aseguradores al problema de la amplitud excesiva del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad civil”.¹⁸⁸

186 Louis Dubouis, Assurance privée et responsabilité médicale. À propos de la loi n. 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, en *Revue de droit sanitaire et social*, n.º 3, 2003, p. 357.

187 Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*. París: Dalloz, 2004, p. 824; Louis Dubouis, Assurance privée et responsabilité médicale..., *op. cit.*, p. 358.

188 Yvonne Lambert-Faivre, *Droit des assurances...*, *op. cit.*, p. 480.

La complementariedad de la garantía a través de la solidaridad nacional en Francia

La eficacia de un seguro obligatorio se adquiere con la existencia de sistemas susceptibles de paliar los defectos de suscripción. Desde la perspectiva del sistema francés, cuando la cobertura del seguro se agota, viene a ser complementado por un establecimiento público de carácter administrativo, que se encuentra bajo la vigilancia del Ministerio de Salud: la Oficina Nacional de Indemnización de los Accidentes Médicos, Afecciones Iatrogénicas e Infecciones Nosocomiales (ONIAM). Dicha complementariedad del seguro por parte de este organismo que cumple la función de fondo de garantía constituye una de las medidas más satisfactorias del sistema de aseguramiento obligatorio de la responsabilidad médica en Francia. A continuación se esbozará cómo y en qué casos esta solidaridad nacional ejerce su papel complementario al del seguro.

La garantía de las infecciones nosocomiales es el primer evento de complementariedad. Por regla general, cuando la responsabilidad con culpa o sin culpa de un profesional de la salud es comprometida, el seguro obligatorio cumple su función de garantía integral, salvo los *plafonds* de garantía autorizados; sin embargo, respecto al régimen legal de responsabilidad objetiva propio de los eventos de infecciones hospitalarias, los aseguradores lograron el establecimiento de un régimen especial.

En lo concerniente a esta materia, es la ONIAM la que asegura la indemnización correspondiente a la muerte y a una tasa de incapacidad permanente igual o superior al 25%.¹⁸⁹ Con este sistema, quedan a cargo del seguro RC solamente las incapacidades inferiores a este porcentaje. En este orden de ideas y para no conducir a una irresponsabilidad de los establecimientos de salud, se ha previsto la posibilidad de que la ONIAM pueda ejercer una acción de subrogación contra el establecimiento mismo en caso de que una culpa haya sido el origen del daño, culpa materializada principalmente en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de lucha contra las infecciones nosocomiales.¹⁹⁰

En torno a este tema es importante resaltar que en virtud del artículo L 1442-22-1 del CSP, la ONIAM debe dirigir al Parlamento y a la Comisión Nacional de

189 Artículo L 1142-1-1 del Código de Salud Pública (CSP).

190 Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel...*, op. cit., p. 825.

Accidentes Médicos un informe semestral sobre las infecciones nosocomiales de las cuales ha tenido conocimiento, lo cual constituye evidentemente una invitación a vigilar en mayor medida los establecimientos de salud.

Sobre este aspecto del aseguramiento obligatorio de los daños derivados de infecciones nosocomiales en el sistema francés, se puede visualizar claramente la enorme brecha de diferencia que existe en este aspecto con el sistema colombiano, donde no obstante la ausencia de sistemas de garantía de esta clase, es decir, el establecimiento de una obligación de asegurarse y la existencia de fondos de garantía, la jurisprudencia de manera poco afortunada ha propendido a la extensión del sistema de responsabilidad médica, abriendo paso al establecimiento de un régimen objetivo de imputación.¹⁹¹

Por otra parte, la garantía de los accidentes médicos es otro de los eventos de complementariedad para el seguro RC. La función de la ONIAM en la indemnización de las víctimas de accidentes médicos es doble: unas veces sustituye al asegurador, otras indemniza directamente. En efecto, la ONIAM desempeña el papel de fondo de garantía e indemniza directamente cuando a pesar de que una responsabilidad médica ha sido establecida, el seguro RC no puede cumplir su función de garantía por múltiples razones, entre ellas, porque el profesional responsable no se ha asegurado, porque los *plafonds* de garantía son alcanzados y la cobertura del seguro se agota, porque la garantía en el tiempo del asegurador ha expirado, porque ha habido silencio del asegurador o rechazo explícito a realizar una oferta de indemnización, o porque la garantía del contrato no se aplica dada la ocurrencia de un caso en circunstancias excepcionales.

Por otro lado, la ONIAM también puede sustituir al asegurador. En efecto, si bien los contratos de seguro solo cubren los daños ocurridos en el marco de una actividad para la cual el asegurado es competente, en circunstancias excepcionales el profesional puede verse obligado a realizar intervenciones que están por fuera de su campo de habilitación; por ejemplo, aquellas hipótesis de culpa médica cometida por un profesional de la salud que, asistiendo a una persona en peligro, cumple actos que no tienen que ver con su competencia.¹⁹²

191 Para una profundización se remite a nuestro estudio: Mónica Fernández, Las infecciones nosocomiales como un nuevo evento..., *op. cit.*, pp. 849-875.

192 Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel*, *op. cit.*, p. 828; Louis Dubouis, *Assurance privée et responsabilité médicale*..., *op. cit.*, p. 356.

En estos eventos, la actividad es garantizada por la ONIAM, que sustituye al asegurador y entra a garantizar la indemnización a través de su fondo de garantía subsidiario.

La ONIAM, de igual manera, garantiza directamente la reparación del alea terapéutica, es decir, aquellas hipótesis de lo imprevisible, donde el daño no es imputable ni a un profesional de la salud, ni al estado inicial del paciente y a su evolución endógena. Aquellos eventos donde las exigencias jurídicas de la responsabilidad no permiten la reparación; sin embargo, la indemnización del alea o riesgo médico ofrecido se encuentra limitada a la gravedad del daño corporal y a otras consideraciones adicionales.

Este aspecto del alea terapéutica tan bien delimitado en el sistema francés no ha tenido el mismo tratamiento en el ordenamiento colombiano. En efecto, el país no ha establecido aún un instrumento para hacer frente a estos eventos de alea o riesgo médico que resultan ajenos al ámbito de la responsabilidad civil. Persisten todavía dificultades en torno al esclarecimiento o la conceptualización de esta figura, lo que explica la ausencia de una clara solución jurídica frente a estos eventos y la indiferencia frente a la construcción de una herramienta que permita la indemnización de las víctimas que resultan comprometidas.¹⁹³

El *risk management* como primera alternativa frente al aseguramiento obligatorio en Italia

Un estudio de los antecedentes del sistema italiano frente al aseguramiento de la responsabilidad médica permite observar que este tema ha estado inserto en sus preocupaciones desde hace muchos años, a tal punto que varias propuestas legislativas han sido formuladas; no obstante, la comparación con el contexto francés permite inferir que en Italia la lista de seguros obligatorios no ha sido particularmente elevado, aunque sí creciente.

A lo largo del tiempo, varias propuestas fueran debatidas sin que se llegara a la consagración de la obligatoriedad del seguro para la responsabilidad civil médica, es decir, solo recientemente Italia dio el paso hacia en esa dirección, por lo cual el modelo que imperó hasta ese entonces fue el de aseguramiento facultativo.

193 Para una profundización, véase: Mónica Fernández, El alea terapéutica desde la perspectiva del derecho colombiano, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 12, n.º 23, 2009, pp. 43-58.

Antes de revisar las distintas iniciativas en este campo, cabe resaltar que en 1969, a través del artículo 29 del Decreto Legislativo 130 del 27 de marzo, se consagró en Italia el seguro obligatorio para la responsabilidad en esta materia, previendo la obligación de asegurar la responsabilidad civil del ente hospitalario y del personal dependiente. No obstante la consagración de dicha obligación, no fue posible ponerla en marcha en razón a que la consagración del Decreto Legislativo 761 del 20 diciembre de 1979, artículo 28 inc. 2, otorgó una débil expresión al papel del seguro, en razón a que la contradicción de las dos normas significó la abrogación de la norma de 1969. En efecto, a partir de esta ley se estableció una mera facultad, no una obligación, para que las Unidades Sanitarias Locales (USL) garantizaran el personal dependiente mediante una póliza RC.¹⁹⁴

Posterior a ello, diversas propuestas de ley fueron elaboradas y orientadas hacia la creación de un sistema de seguro obligatorio para los daños que derivan de la actividad médica en Italia. Entre ellas la propuesta ZANA de 1993, la propuesta SCALISI de 1995 y el proyecto TOMASSINI de 1996, formulado de nuevo en 2001. En términos generales, estas iniciativas consideraban que el seguro facultativo había resultado insuficiente respecto a la reparación de la víctima del daño, por lo que los autores de las propuestas consideraron que un nivel aceptable de tutela podía ser alcanzado a través de la instauración de un seguro obligatorio.

Los esquemas propuestos coinciden sustancialmente: un sistema de seguro obligatorio para la responsabilidad civil médica a cargo de quienes ejercen la actividad médica/sanitaria; la acción directa de la víctima frente al asegurador y el recurso al procedimiento arbitral para una más rápida conclusión de las controversias. El binomio seguro obligatorio-arbitramento fue considerado como una forma positiva para garantizar mayor tranquilidad a los operadores sanitarios, simplificar el procedimiento para el resarcimiento y disminuir el contencioso al abreviar la duración de los eventuales conflictos.

Desde hace varios años, en Italia, el sector asegurador empezó a mostrar interés por el área de la sanidad; sin embargo, los estudios señalan que los asegurados que consideraban estar menos expuestos al riesgo juzgaban la prima demasiado elevada

194 Lanfranco Martelli y Luigi Mastroroberto, Implicazioni assicurative della responsabilità professionale del medico nell'ambito del servizio sanitario nazionale, en Vittorio Fineschi (coord.), *La responsabilità medica in ambito civile. Attualità e prospettive*. Milán: Giuffrè, 1989, p. 200; Marco Rossetti, Attività medica e assicurazione della responsabilità civile, en *Assicurazioni*, 1999, p. 468.

rehusando asegurarse; y, al contrario, aquellos que estaban superexpuestos al riesgo decidían generalmente tomar la cobertura máxima. De este modo, se indicó que el asegurador terminaba atrayendo todos los “malos clientes”¹⁹⁵; es decir, aquellos sujetos a un riesgo mayor que el promedio de los asegurados, por lo que se consideró se encuentran frente a una siniestralidad superior a aquella anticipada y tarifada. Por esta razón, el asegurador se ve obligado a aumentar las primas y a estipular en los contratos cláusulas contentivas de franquicias, limitaciones de garantía, etc., que le permitan garantizar un mejor funcionamiento del seguro.

Lo anterior, sumado a que la complejidad de las prestaciones sanitarias exige cada día una mayor eficiencia de las estructuras sanitarias, generó que la doctrina hiciese un llamado hacia una mayor sensibilización por las problemáticas sanitarias relativas al interés asegurador y a la introducción de una cultura del riesgo en el interior de las estructuras hospitalarias.

Por otra parte, debido a la fuerte reacción que generaba en las compañías de seguros el aumento en el nivel de las condenas de resarcimiento¹⁹⁶ —a su vez fruto de la propia evolución de la responsabilidad civil médica—, los estudios realizados señalan que las modificaciones ocurridas en el objeto de la prestación médica y en la jurisprudencia modificaron incluso la morfología del riesgo asegurado, volviendo insuficiente el simple parámetro de tarificación.

Según los expertos, el ramo de la responsabilidad civil sanitaria era el más afectado, lo cual se explicaba por diversos problemas jurídicos y técnico-operativos, como, por ejemplo, las nuevas reglas elaboradas por la jurisprudencia en tema de responsabilidad civil, las que hicieron ampliar la responsabilidad sanitaria, provocando un aumento en el costo de los siniestros y en su frecuencia; el área del daño a la persona se extendió también hacia nuevas hipótesis de daño; la admisión de la relación causal en términos de probabilidad; la elevada incidencia de los siniestros tardíos; la gestión poco eficaz y eficiente en el control de la *medical malpractice*.¹⁹⁷ Fruto de ello, algunas compañías aseguradoras comenzaron a retirarse del mercado debido a las grandes pérdidas sufridas.

195 Michel Albert, Le rôle économique et social de l'assurance, en *Encyclopedie des Assurances*, 1998, p. 19; Salvatore Mazzamuto, Note in tema di responsabilità civile del medico, en *Europa e diritto privato*, 2000, p. 509.

196 Angelo Fiori, *Medicina legale della responsabilità medica*. Milán: Giuffrè, 1999, p. 883.

197 Ricardo Lamperti *Medicina legale della responsabilità medica* il punto di vista dell'ANIA, en *Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale*. Milán: Giuffrè, 2000, p. 250.

De este modo, ante la imposibilidad de afrontar los grandes riesgos sanitarios utilizando como único medio la prima recaudada, se indicó la necesidad de abordar el riesgo de una manera diversa y más moderna. Dentro de esta nueva perspectiva, y a efecto de minimizar el costo de la responsabilidad civil médica, en Italia surgió entonces la propuesta de enlazar el *seguro* con la *prevención*.

En este orden de ideas, los expertos consideraron que para evitar el aumento progresivo de las primas de seguros debía reconsiderarse la función de la responsabilidad civil en el marco de un sistema jurídico y económico moderno. Así, se trataría de utilizar la responsabilidad civil no solo como instrumento de resarcimiento de los daños, sino también como medio para reducir y prevenir los costos de las pérdidas económicas que, derivadas de la acción humana, debían soportar quienes se convertían en víctimas.

Se consideró, entonces, que la vía más idónea consistía en poner a cargo de quien produce el riesgo el costo de la responsabilidad civil, en cuanto es el mejor dotado no solo para soportar o amortizar las consecuencias económicas de los daños ocasionados, sino también para prevenir los riesgos; en otras palabras, se consideró que el seguro RC, que nace en un contexto económico y social que da privilegio al principio de la culpa, debía adecuarse a un cuadro de referencia radicalmente distinto, asignándole a este tipo de seguro no solo una función resarcitoria, sino también una función preventiva.

Así pues, la única alternativa que se vislumbró a fin de evitar un aumento vertiginoso de los costos consistió en introducir en la actividad médica la metodología del *risk management*, también llamada *gestión de riesgos* o *gerencia de riesgos*. De esta manera, al seguro le correspondía la tarea de cubrir los eventos que no se pudieran eliminar a través de la prevención. En realidad, lo que se busca con esta figura es crear un virtuoso binomio prevención-seguro que permita reducir los riesgos y, a la vez, ampliar la cobertura a un menor costo.

Las compañías de seguros italianas consideraron que, en alternativa de un sistema obligatorio, era preferible un sistema donde aseguradores y asegurados, dada la relevancia social de la actividad, estuvieran entre ellos en un estrecho contacto y búsqueda de la vía común que llevara respecto de los intereses recíprocos.¹⁹⁸ Desde este modo, las compañías aseguradoras consideraban que cu-

198 Ricardo Lamperti, *Medicina legale della responsabilità medica...*, op. cit., p. 263.

brirían aquellos eventos que no se lograban eliminar a través de la prevención, quedando a cargo de quien producía el riesgo el deber de prevenirlo, por medio de una alternativa viable: la introducción de metodologías de *risk management* en la actividad médica.

La utilización del *risk management* para la gestión de los riesgos sanitarios fue introducida en Estados Unidos hacia mediados de los años setenta para tratar de reducir los daños causados por la asistencia médica y frenar los gastos de los procesos y de los resarcimientos a ellos conexos. El principio del *risk management* sanitario se limitaba a analizar los casos de negligencia; sin embargo, en 1971 un estudio había demostrado que los daños causados no estaban siempre ligados a la negligencia, sino que podían ser atribuidos a otras causas (por ejemplo, riesgos intrínsecos de las nuevas tecnologías, empeoramiento progresivo de la relación médico-paciente, etc.). En 1980 se creó la organización denominada American Society for Healthcare Risk, cuyo principal objetivo era suministrar una asistencia específica a los hospitales que se habían dotado de una función de *risk management*. Para ese año, el número de esos hospitales era cerca del 50% de los hospitales estadounidenses.

Este mecanismo de gestión y control del riesgo clínico se basa en un seguimiento sistemático de los errores médicos a través de una unidad de *risk management* existente en cada estructura.¹⁹⁹ En términos generales, el *risk management* es entendido como una función empresarial que tiene el objetivo de identificar, valorar y controlar, desde el punto de vista económico, los riesgos que pueden constituir daño al patrimonio de la empresa, lo cual supone la necesidad de gestionar la información de toda la actividad de la empresa.

La gerencia de riesgos se dirige a una categoría específica de riesgos: los puros, es decir, aquellos que solo pueden dar lugar a pérdidas y que no representan nunca una ocasión de ganancia. La gestión de los riesgos apunta a salvaguardar, dentro de las mejores condiciones de costo, el patrimonio de la empresa contra las pérdidas que pueden afectar el ejercicio de su actividad.²⁰⁰ Su objetivo funda-

199 Giuseppe Turchetti y Barbara Labella, Il Risk Management Sanitario, en Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti (coords.), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*. Padova: Cedam, 2004, p. 242.

200 Definición dada por Groupement des assurés du commerce et de l'industrie (GACI) y Association des chargés d'assurances des entreprises françaises (ACADEF), citados en Pierre Sonigo, Risk management, en *Risques*, n.º 17, 1994, p. 137.

mental es, entonces, “disminuir en lo posible las pérdidas de las empresas a consecuencia de los siniestros que se puedan producir, asegurando la continuidad de la misma”, y aunque su propósito no es buscar culpables ni garantizar la ausencia de siniestros, a través de sus acciones “se tratan de agotar las posibilidades, dentro de unos costes sostenibles, de anticipación de consecuencias no deseables en sucesivas repeticiones del acto o en el futuro de los resultados derivados de esos actos”.²⁰¹ En el ámbito sanitario, el *risk management* se traduce en esto:

[Un] conjunto de actividades destinadas a minimizar el riesgo de que se produzca un efecto adverso durante la asistencia, o a disminuir sus consecuencias negativas; constituyen un conjunto de medidas de autoprotección, que buscan prevenir o evitar las amenazas reales o potenciales de pérdidas económicas debidas a accidentes, lesiones o negligencia médica.²⁰²

La introducción del *risk management* en el ámbito sanitario propone una nueva perspectiva de análisis y de interpretación del concepto mismo de “riesgo clínico”, considerándolo no más como un error médico, sino como un “error de sistema” gestionable y controlable a través de un proceso integrado de diversas acciones dirigidas a individualizar los puntos críticos constitutivos de riesgo y a introducir sistemas de administración de dichos riesgos.

Con el ejercicio del *risk management* en este campo, se intenta revisar cómo funciona internamente cada entidad hospitalaria, para poder identificar cuáles son las causas de los errores y, en consecuencia, llevar a cabo mecanismos para su control o eliminación:

La gestión de riesgos sanitarios es una actividad anticipadora que dirige las diferentes actividades de la organización, identifica los riesgos que existen, valora dichos riesgos en función de su potencial frecuencia y gravedad, elimina los riesgos que pueden serlo, reduce los efectos de los que no pueden ser eliminados, instauro mecanismos financieros que amortigüen las consecuencias financieras de los inevitables.²⁰³

201 Francisco José Martínez y José María Ruiz, *Manual de gestión de riesgos sanitarios*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 2001, p. 8.

202 *Ibíd.*, p. 60.

203 *Ibíd.*, p. 56.

Sin embargo, alguna doctrina considera que la transposición de estas reglas empresariales a las entidades sanitarias no es una tarea sencilla, debido a múltiples factores variables, fruto de la evolución científica y tecnológica.

La gestión del riesgo sanitario (*risk management* en campo sanitario) es planteada en tres niveles correlacionados de prevención, es decir, de reducción de los riesgos: a) un nivel organizativo general, relativo a los servicios y al control de aparejos; b) un nivel médico, relativo al consentimiento informado, al cuidado y pulcritud en la historia clínica y a la adopción de líneas guía; c) un nivel legal, a través de servicios de medicina legal que sigan en modo profesional desde su inicio los litigios sobre presuntos errores médicos. Por otra parte, se estima que cuatro áreas deben ser monitoreadas, a saber: la organizativa, la logística-instrumental, la tecnológica y la gestión de los daños.²⁰⁴

No obstante las críticas a esta propuesta, se considera que solo cuando el sistema de responsabilidad sanitaria haya impuesto una cultura de gestión del riesgo y de los daños, se podrían desarrollar todas las bases sobre las cuales apoyar con equilibrio un sistema de protección de la persona, cuidadoso de los valores económicos y al mismo tiempo gobernado por la insignia de la dignidad de la persona y por el principio constitucional de la protección de la salud.²⁰⁵

Visto lo anterior, se puede expresar que mientras a los primeros proyectos de ley debatidos en Italia, dirigidos a la creación de un seguro RC obligatorio para todas las estructuras sanitarias, se les criticó el hecho de no tomar en consideración cualquier mecanismo de prevención²⁰⁶, las aseguradoras se encontraron interesadas en plantear un enlace entre el *seguro* y la *prevención*, vislumbrando como única alternativa para ello la introducción de la metodología del *risk management* a la actividad sanitaria, de manera que al seguro le fuera asignada la tarea de cubrir aquellos eventos que no fueran eliminados a través de la prevención.

Así pues, con este panorama, ante la falta de consagración de un sistema de aseguramiento obligatorio para la RC médica, alguna parte de la doctrina italiana

204 Giulio Ponzanelli, La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk management, en *Danno e responsabilità*, n.º 4, 2003, p. 430.

205 Giovanni Comandé, La responsabilità sanitaria d'impresa tra crisi e pacificazione, en Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti (coords.), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*. Padova: Cedam, 2004, p. 221.

206 Lorenzo Gremigni, Responsabilità sanitaria e tutela della persona, en *Danno e responsabilità*, n.º 11, 2005, p. 1058.

insistía en que las modificaciones normativas requeridas deberían hacerse solo luego de realizar una reforma sanitaria en el ámbito nacional; en verdad, los críticos italianos reconocían que muchos de los inconvenientes que se estaban suscitando en torno a la responsabilidad médica derivaban de las insuficiencias y de la falta de homogeneidad del sistema sanitario de ese país.

Algunos autores consideraron incluso que, gracias a la implementación de metodologías *risk management* sanitario, no sería necesario imponer mediante ley un seguro contra el riesgo de responsabilidad frente a terceros.²⁰⁷ Por su parte, otro sector, acogiendo una posición favorable ante el *risk management* sanitario, consideró que este mecanismo permitiría con el tiempo estabilizar el sistema de responsabilidad sanitaria, moviéndolo hacia una profunda innovación cultural. En efecto, se estimó que lo necesario para ello era lograr una suficiente cultura del riesgo en modo multidisciplinario y sistemático.²⁰⁸

El sistema italiano de aseguramiento obligatorio para la responsabilidad civil médica

En 2012 entró en vigor en Italia la controvertida Ley 189, también conocida como Ley Balduzzi, con la que el legislador italiano, en respuesta a una época de crisis económica, intentaba corregir las normas que dejaban un amplio espacio a las acciones de responsabilidad médico-sanitaria. Se hablaba de un círculo vicioso en el cual el exceso de responsabilidades reconocidas estaba impactando en últimas el presupuesto público, pues sobre este se gravan los costos y gastos del contencioso sanitario; todo lo cual se reflejaba negativamente sobre el sistema sanitario, reduciendo de paso los recursos públicos y la eficiencia del servicio.²⁰⁹

La controversia de esta Ley Balduzzi se suscitó debido a que intentó regular el campo, también polémico, relacionado con la posibilidad de aplicar a la responsabilidad penal el artículo 2236 del Código Civil, es decir, la norma de carácter civil que distingue entre la culpa grave y la culpa leve.

207 Angelo Fiori, *Medicina legale...*, op. cit., p. 869.

208 Giovanni Comandé, *La responsabilità sanitaria...*, op. cit., p. 10.

209 Agnese Querci, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*, en *Nuova Giurisprudenza Civile*, n.º 1, 2015.

La solución jurisprudencial anterior a la promulgación de la Ley Balduzzi había estimado que la aplicación del artículo 2236 CC en materia de responsabilidad penal era admitida pero no en vía general y abstracta, sino en correspondencia con el caso concreto. Por lo tanto, la peculiaridad del caso concreto exigiría la valoración del comportamiento asumido por el médico en situación técnica de especial dificultad.

Según el artículo 2236 CC italiano, “si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de obra no responde de los daños, sino en caso de dolo o culpa grave”. A este respecto, la Corte de Casación en 2004 había enunciado el principio que permitía cualificar cuándo una prestación profesional implicaba la solución de problemas técnicos de particular dificultad. De este modo, había señalado que dicho acto implicaba la novedad y especial complejidad de los problemas técnicos, el grado de habilidad necesaria para afrontarlos, o el margen de riesgo que la ejecución del acto médico comportaba. En conclusión, para valorar la culpa se debía tener en cuenta el tipo de intervención practicado por el médico y la urgencia ligada al caso concreto.

No obstante este panorama, la Ley Balduzzi retomó por primera vez esta discusión, estableciendo en el artículo 3 inc.1 lo siguiente: “El que ejerciendo la profesión sanitaria que en el desarrollo de la propia actividad lo haga conforme a las directrices y a las buenas prácticas acreditadas por la comunidad científica no responde penalmente por culpa leve”.

Inmediatamente, la jurisprudencia consideró que esta norma abolía parcialmente los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, al descartar la pertinencia de la culpa leve en aquellos casos en los cuales el médico hubiese cumplido con las directrices y las buenas prácticas terapéuticas.²¹⁰

Entre otros de los aspectos desarrollados por la Ley Balduzzi se destaca el refuerzo de la normativa alrededor de la gestión o el monitoreo del riesgo sanitario, como obligación a cargo de la estructura sanitaria, cuyo incumplimiento da lugar a una responsabilidad autónoma de la estructura. La normativa específica que el costo de este proceso de gestión del riesgo debe gravar internamente a las estructuras sanitarias, sin generar nuevas o mayores cargas a las finanzas públicas.

210 Cass. 11 marzo 2013, n. 11493, en *Juris Data*.

En concordancia con esta reglamentación, la reforma Balduzzi previó también la obligación de instituir un fondo único para tipologías particulares de riesgo profesional, fondo que debía ser alimentado por las compañías aseguradoras y por las contribuciones voluntarias del sector salud.

En lo corrido de los pocos años posteriores a la Ley Balduzzi se presentaron otras propuestas de reforma en las que se estipulaba, entre otros aspectos, la imposición de la obligación de asegurarse a cargo de todas las estructuras sanitarias, y no solo a cargo de los profesionales médicos²¹¹; la aprobación de la acción directa contra la empresa aseguradora²¹²; la introducción de un fondo de solidaridad para la indemnización de las víctimas de alea terapéutica como las infecciones nosocomiales o los eventos adversos provocados por los fármacos, similar al modelo del sistema francés²¹³; la introducción de una conciliación obligatoria para los litigios de responsabilidad médica con el fin de reducir el contencioso en este campo.²¹⁴

Tres años después de la Ley Balduzzi, el legislador italiano intervino nuevamente con el diseño de la Ley Gelli, a través de la cual se intentaba modificar sustancialmente la responsabilidad médica, con el objetivo de combatir el fenómeno de medicina defensiva en ese momento aún evidente y, además, lograr un equilibrio entre la tutela del paciente y los límites al contencioso. Se estima que esta nueva intervención legislativa tuvo que realizarse en razón a que la reforma Balduzzi no logró resolver plenamente los problemas que intentaba, produciendo al contrario nuevas críticas y dudas interpretativas.

La principal innovación que se le endilga a esta nueva reforma es la de haber introducido una nueva norma en el Código Penal italiano, clarificando de este modo el debate generado con la anterior Ley Balduzzi alrededor de la responsabilidad penal del médico. En este sentido, la norma establece que el médico que ocasiona a causa de impericia la muerte o la lesión personal del paciente, responde por los delitos de homicidio culposo o lesiones personales culposas solo en caso de culpa grave. Incluso esta culpa grave viene a ser despenalizada cuando,

211 Artículo único DDL n. 259/2013 y artículo 3 DDL n. 1324/2013. Esta norma prevé un límite mínimo.

212 Artículo 2 DDL n. 262/2013.

213 Artículo DDL n. 1183/2008 y 3806/2010.

214 Artículo único DDL n. 259/2013; art. 3 DDL n. 262/2013; artículo 6 DDL n. 1312/2013; artículo 5 DDL n. 1324/2013.

salvo las relevantes especificidades del caso concreto, se comprueba que se respetaron las recomendaciones previstas en las denominadas líneas guía y buenas prácticas clínico-asistenciales.

Como se puede observar, debido a su contenido, la reforma Gelli ha sido objeto de muchas críticas, en la medida en que se aprecia una total despenalización de la culpa cuando las recomendaciones de las líneas guía y las buenas prácticas clínico-asistenciales aparecen respetadas y además, debido a la despenalización de cualquier otra forma de graduación de la culpa distinta a la culpa grave; es decir, tanto la culpa leve como aquella culpa normal u ordinaria son penalmente irrelevantes en caso de comportamiento imperito del médico.²¹⁵

Y no solo este aspecto ha generado objeciones, sino también la individualización, la cristalización y la incerteza sobre la efectiva idoneidad del parámetro escogido para definir los límites de la responsabilidad médica, esto es, las líneas guía, entendidas como aquellas recomendaciones de comportamiento clínico, elaboradas mediante un proceso de revisión sistemática de la literatura y de las opiniones científicas, con el fin de ayudar tanto a médicos como a pacientes a decidir la modalidad asistencial más apropiada de acuerdo con la situación clínica específica.²¹⁶

En efecto, se estima que se trata de una definición tan genérica que causa un panorama muy amplio, en la medida en que dichas líneas guía son elaboradas por la sociedad científica, es decir, establecidas por asociaciones de médicos y estudiosos de varios sectores especializados a nivel nacional e internacional y son sujetas a progresivas modificaciones, integraciones y reelaboraciones teniendo en cuenta las nuevas adquisiciones provenientes de la investigación científica y de la experiencia clínica. Habrá entonces que esperar la implementación de esta nueva reforma a efecto de verificar el funcionamiento del denominado Sistema Nacional para las Líneas Guía (SNLG).

No obstante lo anterior, la doctrina italiana reconoce la contribución que la elaboración de esta forma de estandarización de la prestación médica aporta a la

215 Chiara Guerriero, Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica. 2016. Disponible en: <http://www.iurisprudenzia.it/sentenze/Il-disegno-di-legge-Gelli-cambia-i-connotati-della-responsabilita-medica-294.aspx>

216 Mauro Paladini, Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi, en *Danno e Responsabilità*, n.º 10, 2015, p. 881.

valoración de la responsabilidad conforme a métodos tendencialmente objetivos; sin embargo, se recalca que se debe ser consciente frente a que el proceso de racionalización de la pericia exigible a los profesionales médicos presenta los mismos perfiles de controversia, incerteza e incluso contraste, que caracterizan los debates entre estudiosos en el ámbito de las ciencias aplicadas.²¹⁷

Por otro lado, la propuesta Gelli reguló otros aspectos de importancia para los efectos de este estudio, muchos de ellos ya consagrados en normativas anteriores. Asimismo, cabe resaltar que la principal reforma en materia de responsabilidad civil médica se reconoce en haber eliminado la teoría del contacto social, desarrollada por la jurisprudencia desde 2008; igualmente, es importante resaltar cómo el legislador prevé un sistema de *risk management* a cargo de las estructuras públicas y privadas, con el fin de asegurar el principio de la seguridad de la asistencia sanitaria, de modo análogo a como se había establecido en la Ley Balduzzi²¹⁸, pero que no había podido ejecutarse por falta de financiación pública.

Por otra parte, la nueva reforma Gelli establece la conciliación de carácter obligatorio como requisito de procedibilidad para la demanda de resarcimiento; igualmente, la consagración de un seguro obligatorio de responsabilidad a cargo de las estructuras sanitarias públicas y privadas y de los profesionales médicos; finalmente, la constitución de un fondo de garantía para las víctimas de responsabilidad sanitaria, el cual operará en el caso que los montos de las indemnizaciones excedan los máximos previstos en las pólizas, así como en el caso en que el asegurado haya contratado con una compañía que al momento de ocurrencia del siniestro se encuentre en estado de insolvencia o liquidación o sobrevenga sucesivamente. La norma considera que este fondo sería alimentado con las contribuciones que realicen las compañías de seguros autorizadas, en un porcentaje determinado por cada uno de los contratos de seguro suscritos.

Con relación al aseguramiento obligatorio de la responsabilidad, es de anotar que esta última intervención del legislador italiano amplía el campo de acción, en la medida en que desde años anteriores ya se habían realizado los primeros intentos para regular esta materia. En efecto, el panorama del aseguramiento de la responsabilidad médica había sido reducido a la consagración de una obligación

.....
²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Federico Onnis, Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi, en *Responsabilità civile e previdenza*, n.º 5, 2016, p. 1751B.

pero para los profesionales; tanto el Decreto Ley 138 de 2011²¹⁹ como el Decreto Ley 158 de 2012²²⁰ y el Decreto Ley 90 de 2014²²¹ lo habían consagrado de esa manera. Por su parte, ya a partir de la Ley 114 del 11 agosto de 2014 (artículo 27, 1-bis), esta obligación de aseguramiento fue ampliada, involucrando no solo a los profesionales, sino también a todas las entidades públicas y privadas que prestan el servicio de salud.

Sin embargo, es preciso analizar el carácter obligatorio de este aseguramiento en la medida en que la misma ley permite que el seguro de responsabilidad sea sustituido por otros mecanismos análogos, es decir, por otras herramientas que le permitan a las estructuras sanitarias contar con otro tipo de protección similar al que les concede la garantía de un seguro de responsabilidad. En efecto, la Ley Gelli establece que dichas entidades deben estar cubiertas por un seguro de responsabilidad o por otra medida análoga.

Las primeras críticas han sido elevadas en torno a la indeterminación de este precepto, cuya interpretación de seguro dará lugar a distintos debates. Algunos hablan de la posibilidad de ejecutar una “autorretención”, es decir, de la constitución de un fondo *ad hoc* para la provisión de los recursos por parte de las propias entidades y con el fin de cumplir con las solicitudes de indemnización. Sin embargo, se recalca que un mecanismo como este no tiene ninguna relación análoga con la lógica del seguro.²²²

Se habla también de la posibilidad de desarrollar un “autoaseguramiento”²²³; sin embargo, se estima que esta vía del seguro directo o gestión directa para lograr un aseguramiento tampoco representa una solución óptima, en la medida en que no logra finalmente revertir la tendencia del aumento de los daños ocasionados en este sector, y su principal problema es la administración de los recursos disponibles.

219 Decreto-Ley 138 del 13 de agosto de 2011, artículo 3-5, lit. e, convertido en Ley 148 del 14 de septiembre de 2011.

220 Decreto-Ley 158 del 13 de septiembre de 2012, artículo 3, convertido en Ley 189 del 8 de noviembre de 2012 (Ley Balduzzi).

221 Decreto-Ley 90 de 2014, artículo 27, convertido en Ley 114 del 11 de agosto de 2014.

222 Ernesto Macrì, L'assicurabilità delle strutture sanitarie alla luce dell'art. 27 comma 1 bis del D.L. n. 90/2014. Disponible en: <https://www.cineas.it>

223 *Ibid.*

Finalmente, como otro aspecto innovador de esta nueva ley se establece que, en caso de cesación de la actividad profesional por cualquier causa, se debe prever un periodo de ultractividad de la cobertura que garantice las solicitudes de resarcimiento que se presenten por primera vez dentro de los diez años siguientes, y que estén relacionadas con hechos generadores ocurridos en el periodo de vigencia del contrato de seguro.

COLOMBIA ANTE EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

5

Bondades e inconvenientes del sistema de aseguramiento facultativo

En Colombia no existe una normativa específica para el seguro RC médica²²⁴, como tampoco una obligación de asegurar la responsabilidad civil del médico; tampoco el legislador se ha mostrado interesado por intervenir en esta materia a efecto de imponer una obligación de aseguramiento para este ramo de la responsabilidad; en consecuencia, este ámbito del seguro se rige por las normas generales del seguro de responsabilidad civil.

Por otra parte, la validez del seguro RC profesional en Colombia está condicionada a que la profesión goce de la tutela del Estado y a que el asegurado esté legalmente habilitado para ejercerla; así, cuando el asegurado queda inhabilitado, se genera la terminación del contrato de seguro.

Dado que uno de los métodos de defensa del médico frente a la responsabilidad civil consiste en contratar una póliza de seguro, y que hoy en día el asegurar la responsabilidad civil constituye un aspecto de gran trascendencia económica, es preciso revisar el estado de la materia en Colombia con miras a proyectar si resulta conveniente o no que Colombia migre, como lo han hecho los países que se analizaron, hacia un sistema de seguro obligatorio para la responsabilidad civil médica.

224 Juan Manuel Díaz-Granados, El seguro de responsabilidad civil en Colombia..., *op. cit.*, p. 11.

Para ello, como primera medida, se tendrá que revisar cuáles son los argumentos a favor y en contra que trae consigo el modelo actual, esto es, el seguro de responsabilidad civil médica facultativo o voluntario.

Cuando un profesional decide asegurarse, esta decisión deriva de la respuesta a preguntas muy simples: ¿qué puedo hacer frente a ciertas obligaciones que serán las mías?, ¿puedo preservar mi instrumento de trabajo en condiciones satisfactorias con mi propio dinero? Una respuesta negativa a estas preguntas es lo que conduce generalmente a contratar un seguro.²²⁵ Pero, antes de proceder con el estudio de las bondades e inconvenientes del instituto del cual se viene hablando, es preciso tener en cuenta que sea que se trate de una facultad o de una obligación de asegurarse, la existencia de una reclamación siempre supondrá, en sí misma, una penalización para quien la recibe —en este caso, el profesional de la salud—, debido no solo a todas las molestias y trastornos a los cuales debe enfrentarse, sino también a la pérdida del prestigio profesional, descrédito y publicidad negativa que puede originar una condena civil; sin hablar de los efectos que puede traer consigo también una posible responsabilidad penal.

Algunos autores consideran incluso que la condena penal acarrea consecuencias más graves que la condena civil, especialmente sobre el plano de la imagen del médico, dada la publicidad que en muchos casos se le da al proceso y a sus conclusiones negativas. En Italia, por ejemplo, se ha resaltado el rol que como instrumento de presión tiene el proceso penal a fin de obtener el resarcimiento del daño, independientemente de que se lleve a cabo un serio y profundo análisis de la responsabilidad.²²⁶ En consecuencia, sea que el médico haya o no contratado un seguro, el hecho de que sea puesta en tela de juicio y condenada su responsabilidad le genera una dura sanción social y moral. Sin embargo, no debe perderse de vista que estas rigurosas consecuencias pueden resultar aún más devastadoras para el profesional médico, cuando este no ha contratado un seguro que ampare su responsabilidad.

En verdad, cuando se ha contratado un seguro, los efectos económicos de una condena civil serán cubiertos, según las condiciones y el contenido del contrato, por la compañía aseguradora; en caso contrario, una ruina económica podría alcanzar al profesional de la medicina que en un momento dado, al ser condenado

225 Bernard Foussat, *La solidarité et les assurances obligatoires...*, *op. cit.*, p. 842.

226 Anne Kimmel-Alcover, *A propos des accidents médicaux...*, *op. cit.*, p. 19; J José Fernández, *Sistema de responsabilidad médica...*, *op. cit.*, p. 616.

a pagar una indemnización por los daños que ha ocasionado, no se encuentre asegurado, pues en este evento será él con su patrimonio personal quien tendrá que hacer frente a la indemnización reclamada.

La insolvencia del autor del daño es un aspecto negativo que trae consigo el sistema de aseguramiento facultativo; dicha insolvencia puede presentarse no solo en aquellos eventos donde el responsable no se ha asegurado, sino incluso donde lo ha hecho pero insuficientemente. En efecto, se estima que cuando el seguro es voluntario, muchos de los eventuales responsables no se aseguran y esta propensión es incluso inversamente proporcional a la solvencia de los interesados²²⁷; además, nada puede obligar a que el asegurador cubra un riesgo que considere lesivo a sus intereses económicos, lo que le da libertad para imponer cláusulas que reduzcan la garantía. Por lo tanto, el hecho de que tanto la víctima como el autor del daño corran el riesgo de sufrir las consecuencias de una posible insuficiencia de la cobertura es uno de los principales inconvenientes señalados por la doctrina respecto el seguro.

Así pues, ante la insolvencia del responsable del daño, el derecho a la reparación que posee la víctima aparece como un derecho puramente teórico, salvo que exista un fondo de garantía que cubra estas hipótesis. Según algunos autores, en estos casos la seguridad social podría convertirse en la única opción para que la víctima vea cubierto el daño que ha sufrido.²²⁸ Esta importante opción, como antes se indicó, es la que actualmente ofrece el sistema jurídico francés.

Por otro lado, también existe una relación estrecha entre el seguro RC y la función preventiva de la responsabilidad civil. La función preventiva es indiscutible, nadie duda de su validez desde tiempos inmemorables, pues se ha estimado que la función principal de la responsabilidad civil es prevenir los daños, más que repararlos o compensarlos²²⁹; sin embargo, se estima que en el marco del seguro facultativo, como el responsable no está siempre asegurado, la eventualidad de una condena logra producir un efecto disuasivo, aspecto que corrobora la preservación de la función preventiva de la responsabilidad civil.²³⁰

227 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 101.

228 René Savatier, *Les métamorphoses économiques...*, op. cit., p. 329.

229 Philippe Le Tourneau, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile...*, op. cit., p. 508.

230 Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 24.

Pero, no obstante el carácter indiscutible de la función preventiva, algunos autores han señalado ciertas fragilidades de la responsabilidad civil en lo que respecta a dicha función.²³¹ La primera de ellas ya fue tratada en apartes anteriores y tiene que ver con la discordancia que puede existir entre el nivel de culpa cometida y la extensión de la responsabilidad cuando se trata de daños causados por simples inadvertencias; en estos casos, se considera que una adecuada política de prevención exigiría que la sanción fuera medida, entre otros factores, por el grado de culpabilidad cometida.

Una segunda fragilidad se refiere a que los efectos de la responsabilidad a menudo son reducidos a nada por el seguro RC, pues en el momento en que el seguro exime a la parte supuestamente responsable de su deber de pagar la indemnización, se estima que entra de manera inmediata en conflicto con la filosofía del derecho de la responsabilidad civil. Para algunos autores, el seguro logra alterar el efecto de prevención típico del instituto de la responsabilidad, ya que desplaza, en otros, el peso económico de las consecuencias negativas de la actividad ejercitada.

Desde esta perspectiva, la función preventiva de la responsabilidad depende entonces de quién paga. Así, será mayor si quien paga es el responsable del daño e inferior si en cambio el pago compete al seguro del responsable.²³² Otros autores consideran que cuando el seguro entra a eximir de la indemnización efectiva, diluyendo el costo de la reparación sobre el conjunto de la colectividad, este hecho hace que el responsable goce de una total irresponsabilidad, con lo que se debilita sensiblemente la función de prevención de los daños que pretende ejercer la responsabilidad civil.

Así pues, se estima que el desarrollo del seguro, al trasladar sobre el patrimonio de un tercero —el asegurador— el peso de la deuda de reparación, ha debilitado este rol de la responsabilidad; en este mismo sentido, se considera que las franquicias también reducen una cierta prevención de los comportamientos dañosos.²³³

231 André Tunc, *La responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 139.

232 Mario Zana, *Responsabilità medica...*, *op. cit.*, p. 91; Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 65; Vincenzo Zeno-Zencovich, *Chi paga? Funzioni e illusioni del sistema della responsabilità civile*, en *Danno e responsabilità*, n.º 4, 2002, p. 457.

233 Philippe Le Tourneau, *Responsabilité (en général)*, en *Répertoire civil Dalloz*, 2001, p. 3; Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 15.

Como antes se recalcó, la pérdida del sentido individual de responsabilidad es la crítica clásica que se hace al seguro RC. Es más, hay quienes consideran que debido al deseo de reforzar la función indemnizatoria de la responsabilidad —lo que trajo consigo el declive de la culpa en beneficio del riesgo—, el desarrollo del seguro RC efectivamente ha contribuido a la indemnización de las víctimas, pero en detrimento de la prevención y disuasión de los comportamientos dañosos. De este modo, liberada de la noción de culpa, la función normativa de la responsabilidad parece amenazada.²³⁴

No obstante estas opiniones acerca de un posible conflicto entre el seguro RC y la función de prevención propia de la responsabilidad, hay quienes, al contrario, consideran que las compañías de seguros se encuentran en una situación que les permite, en cierta medida, matizar la crítica en torno a la pérdida del sentido individual de responsabilidad y contribuir a la prevención de los daños, en particular a través del alza en el costo de las primas para determinados riesgos²³⁵ y mediante las técnicas de personalización de tarifas (franquicias, coaseguro obligatorio, *plafonds* de garantía, etc.).²³⁶

Conviene recordar que en todos los casos, la tasa de la prima es modulada en función del monto de la franquicia; así, entre más alta es la franquicia, más reducida es la tasa de la prima. Sin embargo, en este aspecto, cuando la franquicia es mínima, es preciso tener en cuenta que no presentará ningún interés preventivo. Pero, al contrario, si la franquicia es alta y el asegurado no dispone de recursos suficientes para hacer frente a la carga de reparación que le incumbe, se corre el riesgo de lesionar los intereses de la víctima; por lo tanto, la doctrina insiste en que deben conciliarse las obligaciones de los aseguradores y la seguridad de las víctimas, debiéndose pactar franquicias dentro de límites razonables a fin de no vaciar la garantía de su sustancia.

Otros autores, en cambio, respecto al seguro RC obligatorio consideran que además de la función de indemnización, el seguro puede convertirse en buen medio para incentivar comportamientos más cuidadosos y responsables, pudiendo además contribuir a la difusión de comportamientos útiles al mejoramiento de la

234 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 281.

235 André Tunc, *Responsabilité, assurance et solidarité sociale...*, op. cit., p. 66; André Tunc, *La responsabilité civile...*, op. cit., p. 76; Vincenzo Zeno-Zencovich, *Chi paga ? Funzioni e illusioni...*, op. cit., p. 458.

236 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 283.

calidad de algunas actividades. Según los partidarios de este criterio, la técnica del seguro ha desarrollado diversos mecanismos idóneos para abolir la denominada sensación de tranquilidad, falta de diligencia y atención que se dice traer consigo el seguro RC; entre ellos se encuentra el modelo de clasificación del riesgo denominado *experience rating*, basado en la historia de siniestralidad del asegurado y sobre ciertas circunstancias bajo su control.²³⁷ Estos mecanismos han sido desarrollados ya que estas sensaciones de tranquilidad o indiferencia, más que a la sociedad, perjudican a las mismas compañías de seguros, pues inciden inevitablemente sobre los presupuestos y los criterios de valoración de los riesgos y del cálculo de las primas. Un ejemplo paradigmático de esta clase de mecanismos en el sector sanitario está constituido por la aplicación de la metodología *risk management*, ya tratada anteriormente.

Igualmente, se encuentran quienes consideran que la mayoría de las condenas civiles pronunciadas sobre el fundamento de una culpa profesional conservan un efecto disuasivo real, incluso cuando están garantizadas por un seguro²³⁸, en virtud del perjuicio que ocasionan a la reputación del responsable, a menudo fuertemente sentido. Se trata de una condena que con frecuencia causa un impacto moral, sobre todo cuando es objeto de publicación.

Por otra parte, se han indicado otras bondades e inconvenientes del seguro de responsabilidad civil médica, las cuales es preciso traer a colación, ya que resumen, en cierta manera, las consecuencias que la figura conlleva para la práctica de esta actividad profesional. Ellas se han resumido de la siguiente manera:

Desventajas del seguro de responsabilidad civil del médico: 1. Interfiere negativamente en la relación médico-paciente; 2. Estimula los juicios contra los médicos; 3. Eleva los costos de los servicios médicos; 4. Puede facilitar el error médico; 5. Facilita la industria de las indemnizaciones y 6. Brinda una protección aparente al profesional. Por su parte, entre las ventajas del seguro de responsabilidad civil del médico, se señala: 1. Mejor condición de libertad y seguridad en el trabajo, 2. Asegura el equilibrio social y el orden público, 3. Mejor forma de justicia social, 4. Mejor forma de previdencia propiamente dicha, 5. Libera el médico y el paciente de procesos penosos y demorados, 6. Evita explotaciones, quiebras, injusticias e iniquidades, 7. No depende de la situación económica del causador del daño,

237 Maria Gagliardi, *Contratto di assicurazione e dinamiche...*, op. cit., p. 189.

238 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 65.

8. Corrige el envejecimiento patrimonial de la víctima, 9. Contribuye con el superávit del sistema en programas de prevención del daño, 10. Estimula la solidaridad social y 11. Corrige el hecho que el paciente sea totalmente olvidado y el médico falsamente recordado.²³⁹

Panorama para el aseguramiento de la responsabilidad médica en Colombia

En Colombia, el ejercicio de la profesión médica se circunscribe al modelo de prestación del servicio de salud que fue diseñado a partir de la Ley 100 de 1993, la cual se promulgó atendiendo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, consagrados en la Constitución Política de 1991 a favor de la prestación del servicio de salud. Fue un gran cambio en el marco constitucional de los servicios públicos el que trajo consigo la Constitución de 1991, el cual significó una importante reforma en lo que atañe a la concepción de los servicios públicos, al reconocer que el Estado y los particulares podían concurrir a su prestación, en condiciones de libre competencia²⁴⁰, sin que eso significara una renuncia por parte del Estado a su condición de director general de la economía y garante del cumplimiento de la función social de la propiedad. Con la nueva normativa se buscó que la prestación del servicio público se hiciera en condiciones de libre competencia entre entidades oficiales, mixtas y privadas, donde el Estado ejerce las funciones de regulación, control y vigilancia.

Así pues, como lo ha señalado la jurisprudencia, el régimen consagrado por la Constitución Nacional para la prestación de los servicios públicos se entiende como un régimen de libertad de empresa, circunscrito dentro de los límites del bien común, sujeto a la dirección general y a la intervención del Estado, con el objetivo de poder lograr los fines del Estado social de derecho. Se trata de un modelo que permite el libre acceso de los particulares, obligando al Estado a que compita con ellos en igualdad de circunstancias, sin privilegios ni exclusividades; un modelo que considera que la prestación de tales servicios no es más que el ejercicio de una actividad económica que se cumple por todos dentro de un criterio de libertad; pero una sometida a la regulación, la vigilancia y el control

239 Julio Meirelles *et al.*, *Error médico*, op. cit., p. 152.

240 Corte Constitucional, C- 616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

por parte del Estado, en virtud de su facultad constitucional de intervenir en la economía.

Del mismo modo, la jurisprudencia ha destacado que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, por lo cual es deber de este asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Se trata de un modelo de prestación de los servicios con garantía pública que elimina el antiguo, basado en la titularidad y prestación directa del Estado. Ahora bien, aunque los particulares concurren a la prestación de los servicios públicos, como expresión de la libertad económica, el Estado tiene el deber de intervenir de modo que se aseguren tanto los fines fijados para los servicios públicos en general (artículo 365 CN) como aquellos que hayan sido definidos de manera especial para determinados servicios (por ejemplo, la salud).²⁴¹

Así pues, desde esta perspectiva, se sucedió la implementación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual involucró un radical cambio consistente en la descentralización del servicio de salud en cabeza de los departamentos y municipios y en la autorización para que el sector privado participara en la prestación de un servicio hasta ese entonces reservado al Estado, a través de sus entidades oficiales de salud como el Instituto de Seguros Sociales ISS y las Cajas de Previsión. La nueva organización trajo consigo un esquema basado en una prestación del servicio eminentemente institucional, estableciendo un nuevo modelo para la prestación del servicio de salud, con sujeción a los citados principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y estructurado sobre premisas de “productividad empresarial, reorganización administrativa y mercadeo de servicios”.²⁴²

Con este panorama, el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia está basado primordialmente en la *venta de servicios de salud*²⁴³ y está conformado por varios organismos de carácter público o privado, pertenecientes al régimen contributivo o subsidiado, sujetos a su vez al control y vigilancia del Estado. Este nuevo panorama seguramente ha generado un gran impacto a

241 Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de febrero de 2005, Exp. 27673, C.P. Alier Hernández.

242 Fernando Guzmán y Herman Redondo, La ley 100 de 1993: ¿a quién beneficia realmente?, en *Revista de la Universidad del Rosario*, vol. 91, n.º 581, 1998, p. 45; Juan Manuel Díaz-Granados, Reforma a la seguridad social..., *op. cit.*, p. 30.

243 René Savatier *et al.*, *Traité de droit médical*. París: Librairies techniques, 1956, p. 14.

nivel de la responsabilidad médica, máxime cuando el acto médico *inter-partes* prácticamente ha desaparecido. Hoy en día nos encontramos más que frente a una responsabilidad individual-personal, ante una responsabilidad institucional que persigue la entidad en sí misma considerada, la entidad que a través de una gran organización técnica y de recursos humanos presta el servicio de salud a quienes lo solicitan.

Actualmente se estima que la responsabilidad de los entes hospitalarios, más que la responsabilidad individual del médico, ocupa un lugar sobresaliente en las reflexiones de la doctrina y puede representar un amplio capítulo de las fronteras modernas de la responsabilidad civil. Varias han sido las causas que han dado origen a la reclamación judicial originada en la praxis médica; por ejemplo, los cambios en la sociedad y en la relación médico-paciente introducidos por la prestación de una medicina colectiva (macromedicina) o medicina ejercida en una sociedad masificada; la mercantilización de la medicina; el predominio en la prestación médica institucional de los aspectos cuantitativos sobre los cualitativos, como, por ejemplo, atender determinada cantidad de pacientes en un tiempo limitado sobre la calidad del servicio, entre otros.²⁴⁴

Desde este panorama, cabe entonces preguntar: ¿qué está sucediendo con la práctica real del seguro RC médica?, ¿se podría afirmar que el hábito de recurrir al seguro en esta materia ha tomado implícitamente la fuerza de una obligación? Una exploración general permite señalar que también en Colombia el gremio médico se comienza a concienciar sobre la necesidad del seguro; en verdad, la falibilidad es inseparable de la acción humana y, por lo tanto, sería “inhumano”²⁴⁵ no permitir que el actor ocasional de una culpa médica se asegurase.

Antaño se decía con relación a la excepcionalidad del seguro RC, en razón a la naturaleza de la obligación de medios del médico que hacía permanecer la responsabilidad en el ámbito estricto de la culpa y a la naturaleza del riesgo médico, que, a diferencia del riesgo comercial o industrial de fácil identificación a través de la simple constatación de la inejecución de la prestación estipulada, no era ni

244 Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti, La responsabilità in sanità dal conflitto al dialogo tra gli autori, en *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*. Padova: Cedam, 2004, p. 8; Oscar Garay, La necesidad del derecho médico preventivo, en *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*. Buenos Aires: 2003, p. 207.

245 Expresión de René Savatier retomada por André Tunc, L'assurance tous risques médicaux..., *op. cit.*, p. 178.

matemáticamente previsible ni estadísticamente medible, ya que su realización no se infería de una simple constatación material y necesaria²⁴⁶; hoy en día, por el contrario, la evolución del derecho de responsabilidad médica lleva a que este ejercicio de aseguramiento sea cada día más generalizado.

En la práctica, no obstante no exigirlo la ley, muchas de las administradoras (EPS-EPSS), sobre todo las más grandes, aseguran su responsabilidad civil, y a efecto de contratar a las IPS están exigiendo, como requisito imprescindible de la contratación, la suscripción de pólizas que amparen su responsabilidad. Actualmente, no existe IPS que contrate sin seguro RC. A su vez, con el objetivo de prestar el servicio médico, las IPS contratan los médicos y profesionales que habrán de suministrarlo y en este caso, igual que la hipótesis anterior, para lograr dicha contratación, la IPS exige al profesional la suscripción de una póliza que ampare su responsabilidad civil. Tenemos así un seguro que garantiza la responsabilidad civil de la EPS-S, otro que asegura la IPS y otro que garantiza la responsabilidad del profesional; una triple garantía que protege los intereses del paciente.

Así pues, en Colombia se tiene un sistema donde no existe una obligación legal de cubrir mediante un seguro la responsabilidad civil de médicos y entidades hospitalarias; sin embargo, en defecto de tal obligación de aseguramiento, en la práctica se recurre a otros mecanismos. En primer lugar, dentro del ejercicio privado de la profesión, se opta cada vez más por tomar un seguro RC voluntario²⁴⁷; por otra parte, la exigencia expresa de dicha obligación dentro de las condiciones para la contratación con las entidades es un tema cada día más recurrente; finalmente, existen otros mecanismos adicionales a los cuales el gremio médico recurre en su afán de cubrir los efectos de una eventual responsabilidad.²⁴⁸

En Colombia, los poderes públicos no han contemplado la importancia del seguro obligatorio de la responsabilidad médica; sin embargo, cabría preguntarse: ¿qué piensa en general la doctrina colombiana sobre la consagración de una obligación de aseguramiento en esta materia? Pocos se han pronunciado al

246 Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle...*, op. cit., p. 278.

247 J. Carrillo, La responsabilidad médica, en *Revista Derecho Privado*, n.º 5, 2000, p. 70.

248 Por ejemplo, el Fondo Especial para Auxilio Solidario de Demandas (FEPASDE), creado por el grupo corporativo Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE), entre otros organismos similares que operan en Colombia.

respecto. Algunas opiniones se dirigen en contra de la consagración de una tal obligación²⁴⁹, no obstante que debido al desarrollo actual del sistema de salud, se considere que un seguro obligatorio sea necesario, no solo por el aumento de las reclamaciones por responsabilidad, sino también por la expansión geométrica de la exposición a los riesgos de incurrir en dicha responsabilidad.

El fenómeno de la inflación es conocido por algunos como un importante enemigo del seguro desde el punto de vista económico²⁵⁰, pues el desarrollo de los procesos de reparación colectiva depende principalmente de la prosperidad general²⁵¹, en tanto que desde el punto de vista social, el seguro no puede progresar en un ambiente inestable que altere la siniestralidad. Conjunto a este fenómeno, entre los principales hechos que se exponen como argumentos que impiden la consagración de un seguro obligatorio de responsabilidad civil médica se encuentra la dificultad de homogeneizar los riesgos y sus resultados económicos, es decir, la pérdida, entendida como la indemnización de los perjuicios ocasionados por la realización del riesgo asegurado.

La experiencia extranjera, en particular la de Estados Unidos, es un ejemplo significativo de la dificultad económica que existe en introducir el seguro RC médica en el esquema común de las pólizas RC. Igualmente, sirve de referencia el fenómeno ocurrido en Francia con la consagración del seguro RC médica obligatorio, donde no obstante ser un país con una amplia tradición en materia de seguros obligatorios, la decisión legislativa produjo el retiro inmediato del mercado de importantes aseguradoras extranjeras. Esta deserción dejó sin seguro a finales del 2002 a la mitad de los establecimientos de salud privados, los cuales amenazaron con su cierre por este hecho. Este acontecimiento produjo, entonces, una desconfianza en el interior de las aseguradoras nacionales que no se sentían capaces de absorber financieramente todo el peso. La solución provisional se dio con la creación del *Groupement temporaire d'assurance médicale* (GTAM), el

249 Fernando Guzmán, Responsabilidad médica en el acto quirúrgico. Algunas consideraciones sobre aspectos probatorios, en *Revista de Derecho Procesal*, n.ºs 21-22, 1997, p. 221; Fernando Rodas, ¿Es necesaria en Colombia la estipulación legal de un seguro obligatorio de responsabilidad civil que cubra el ejercicio de la actividad médica?, en *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, n.º 18, 2005, p. 7.

250 Michel Albert, Le rôle économique et social de l'assurance..., *op. cit.*, p. 20.

251 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité*..., *op. cit.*, p. 100.

cual vino a atenuar el retardo en la constitución de la BCT, destinada a organizar la obligación de aseguramiento RC médica.²⁵²

Así pues, la dificultad de calcular la prima con base en la entidad del riesgo es un ejemplo de la complicación que conlleva este ejercicio²⁵³; además de otros problemas relacionados con el derecho de la responsabilidad que a su vez entrañan dificultades en la definición de las bases de su aseguramiento; por ejemplo, la falta de uniformidad de las obligaciones contraídas por el médico, la carencia de un régimen probatorio exclusivo y constante, la falta de uniformidad de las condenas en ambas jurisdicciones, la inexistencia de estadísticas serias y confiables sobre los motivos que inciden en la responsabilidad médica y su aseguramiento²⁵⁴, la duración excesiva de los procesos y sus altos costos y, finalmente, las dificultades relacionadas con la oferta de seguros del país.

Actualmente en Colombia diez de las veinticuatro compañías aseguradoras autorizadas suscriben seguros de responsabilidad civil para este ramo; de las diez aseguradoras, cinco ofrecen el aseguramiento tanto a los profesionales médicos como a los centros hospitalarios, y las cinco restantes solo aseguran a los profesionales médicos. La razón de ello se explica en que la no rentabilidad del seguro genera la retractación de la oferta de las reaseguradoras más importantes que operan en este mercado, con el efecto inmediato de la retractación de la oferta de las aseguradoras locales por falta de respaldo.

Los expertos de esta materia señalan, además, que en el ramo de la responsabilidad sanitaria la siniestralidad para una misma vigencia aumenta de manera significativa año tras año, debido a que el siniestro o la reclamación, por lo general, no se realizan durante la vigencia del contrato, sino en los años subsiguientes. Este fenómeno que se presenta por la morosidad en la tramitación de los procesos está induciendo, al parecer, a que el seguro no sea rentable debido no solo a que las primas cobradas durante la vigencia resultan pocas frente a la siniestralidad real que arroja el ejercicio con el transcurso ilimitado del tiempo, sino también a

252 Fernando Rodas, ¿Es necesaria en Colombia la estipulación legal..., *op. cit.*, p. 18; Sabine Guiné-Gibert, L'assurance responsabilité civile médicale des acteurs de santé. Historique : comment en est-on arrivé à la situation actuelle ?, en *Droit médical*, n.º 12, 2004, p. 158.

253 Francesco Introna y A. Raimondo, È possibile introdurre l'assicurazione obbligatoria per la responsabilità professionale medica, en *Rivista italiana di medicina legale*, 1997, p. 1128.

254 Fernando Rodas, ¿Es necesaria en Colombia la estipulación legal..., *op. cit.*, pp. 15, 32.

que las reservas sean invertidas en operaciones de baja o moderada rentabilidad; en últimas, esta situación está llevando a que la oferta del seguro RC médica para las clínicas, hospitales y EPS-S se reduzca ostensiblemente.

En efecto, este hecho se puede corroborar a través del resultado técnico y estadístico del sector asegurador en Colombia, con cierre a 31 diciembre de 2016, en cuyo compendio relacionado con los datos arrojados por veintidós aseguradoras del ramo de la responsabilidad civil se indica que las primas emitidas ascienden a un valor aproximado de 964.180 millones, las primas devengadas a un valor de 491.198 millones y los siniestros liquidados o pagados a 285.003 millones.²⁵⁵

Sin embargo, al parecer este hecho no se presenta con las mismas características en el seguro de responsabilidad civil para médicos y profesionales de la salud individualmente considerados, cuya oferta resulta ser más amplia y a precios asequibles, pues se estima que el riesgo, por ser individual, puede controlarse y seleccionarse de manera más técnica. Empero, igual a lo que acontece en otras realidades geográficas, es previsible que las tarifas sean incrementadas por efecto de la siniestralidad, lo cual podría acabar con el deseo de algunos profesionales de estar cubiertos, terminando de paso con el ejercicio profesional amplio, tranquilo y sin temor a recurrir a la medicina defensiva.

En Colombia, algunas pólizas de seguro de responsabilidad civil médica consagran que las controversias que puedan surgir entre el asegurador y el asegurado por razón de la celebración, ejecución o terminación del contrato de seguro serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento; en la mayoría de los casos, se estipula un deducible a cargo del asegurado equivalente al 10% del valor de la indemnización y un tiempo de extensión para reclamos hasta un periodo máximo de dos años para actos médicos ocurridos durante la vigencia del contrato.

En lo referente las indemnizaciones otorgadas por las jurisdicciones civil y administrativa en este ámbito, no ha sido posible hallar una uniformidad de conceptos, lo que de seguro dificulta enormemente la operación del seguro. Por lo tanto, la falta de uniformidad en las condenas es una dificultad significativa que ha de considerarse al momento de decidir sobre la viabilidad o conveniencia de implementar un seguro RC obligatorio para este ramo.

255 Datos disponibles en la página web de la Superintendencia Financiera de Colombia: <https://www.superfinanciera.gov.co>

En efecto, en materia de indemnización del daño extrapatrimonial, la inexistencia de un límite legal de indemnización ha permitido que en la práctica se hayan establecido topes por vía jurisprudencial.²⁵⁶ Por ejemplo, en materia de daño moral, su cuantificación se establece con base en el arbitrio judicial tomando en cuenta ciertos parámetros de razonabilidad, por lo cual, atendiendo el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, usualmente se reconoce una suma cercana a 60 millones de pesos para las afectaciones de mayor gravedad y para los mayores afectados; suma que merma a medida que disminuye el vínculo afectivo con el demandante.

Por su parte, en el Consejo de Estado, a partir de 2014, cuando operó el establecimiento de un sistema de unificación de topes indemnizatorios para el daño extrapatrimonial²⁵⁷, se consagró que, tratándose del daño moral, su tasación se haría con aplicación del test de proporcionalidad y respetando los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

De este modo, según el grado de parentesco y la efectiva convivencia con la víctima directa, se ha señalado la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes como la máxima a reconocer por este rubro para los familiares inmediatos y el cónyuge de la víctima fallecida si convivían con ella; suma que se merma a medida que disminuye el nivel de relación con la víctima. Igualmente, se señala en quince salarios la suma mínima para aquellas personas con relaciones afectivas no familiares o terceros damnificados. Para el caso de daño moral derivado de lesiones personales, el monto de la indemnización para el daño moral depende de la gravedad de la lesión y de las relaciones afectivas, conyugales, paterno-filiales y las no afectivas con terceros damnificados. Para estos eventos, los montos oscilan entre 100 y 1,5 salarios mínimos legales mensuales.

Es importante resaltar, además, que en Colombia, aparte del daño moral, la jurisprudencia no consagra una misma tipología de daños extrapatrimoniales, ni menos una uniformidad en sus condenas. Por ejemplo, mientras que la jurisdicción ordinaria en cabeza de la Corte Suprema de Justicia habla de otras dos clases

256 Sergio Rojas, *El daño a la persona y su reparación. Sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles*. Bogotá: Ibáñez, 2015, p. 119.

257 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Documento final aprobado mediante Acta del 28 agosto 2014. Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. Documento ordenado mediante Acta 23 del 25 septiembre 2013, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.

de daños, distintos al moral, que denomina daño a la vida de relación y daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional²⁵⁸, la jurisdicción contencioso administrativa en cabeza del Consejo de Estado habla de daño a la salud y de daño a bienes o derechos constitucional y convencionalmente protegidos.²⁵⁹

Finalmente, en Colombia, tanto las pólizas de seguro individual como las de seguro RC para entidades de salud ofrecen tantos matices que resultaría imposible su descripción; sin embargo, la mayoría de estas pólizas comúnmente consagran los siguientes amparos y exclusiones.

Entre los amparos se destaca la cobertura de la responsabilidad civil del asegurado por el acto médico o evento que diera origen a los daños materiales o lesiones corporales alegados y hasta el límite de cobertura contratado. Generalmente, las pólizas de seguro RC para entidades de salud cubren la responsabilidad civil del asegurado derivada de omisiones y errores involuntarios, cometidos dentro de los predios asegurados, por los profesionales vinculados o adscritos, y el amparo tiene como propósito indemnizar todos los perjuicios ocasionados.

Estas pólizas de responsabilidad institucional cubren también los daños por responsabilidad civil derivada de la posesión o uso de aparatos y equipos médicos. Sin embargo, existen otras pólizas que ni siquiera cubren el daño moral ocasionado, sino solamente los perjuicios patrimoniales que se causen por muerte, lesión, menoscabo en la salud o por el deterioro o destrucción de bienes. En algunos eventos, el seguro cubre la responsabilidad siempre y cuando el acto médico haya ocurrido después de la fecha de retroactividad establecida en la póliza y en caso de no estar establecida dicha fecha, siempre y cuando el acto médico haya ocurrido durante la vigencia de la póliza. Otras pólizas consagran el amparo, exigiendo solamente que el siniestro haya ocurrido durante la vigencia de la póliza. El seguro cubre siempre y cuando los eventos sean reclamados por la víctima (o sus causahabientes), durante la vigencia de la póliza. Algunas aseguradoras extienden el plazo para reclamar el seguro, al de su renovación o durante el periodo de extensión para denuncias y generalmente la póliza cubre los gastos de defensa

258 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 5 agosto 2014, M.P. Ariel Salazar.

259 Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de febrero de 2013, Exp.: 45.679, C.P. Jaime Santofimio Gamboa.

que el asegurado tenga que sufragar para la protección de sus intereses, en un monto predeterminado.

En cuanto a las exclusiones, en algunos casos, el asegurador no cubre reclamaciones o indemnizaciones que el asegurado tenga que pagar por daños materiales o lesiones corporales que sean consecuencia directa de la responsabilidad civil del asegurado como propietario, director, jefe de equipo, jefe de guardia, jefe de servicio o en cualquier actividad administrativa, entre otros. Tampoco ampara las reclamaciones por daños causados por el ejercicio de la profesión médica, con fines diferentes al diagnóstico o a la terapia; tampoco cubre la provocación intencional del daño (dolo) en el ejercicio de la prestación de los servicios de salud. Algunas pólizas excluyen de la cobertura las indemnizaciones que el asegurado tenga que pagar a causa de la culpa grave en que ha incurrido. Otras pólizas excluyen también los daños personales ocasionados por una infección o enfermedad padecida por el asegurado, los daños genéticos y los daños ocurridos a consecuencia de una infección con el virus tipo VIH, o incluso con el de hepatitis C. No cubre actos médicos para el control de peso (tales como *bypass* intestinal, lipoescultura, etc.).

Para el caso de la cirugía plástica o estética, solamente se otorga cobertura para la cirugía reconstructiva posterior a un accidente y la cirugía correctiva de anomalías congénitas. Una gran mayoría de pólizas excluyen la responsabilidad por daños causados por aplicación de anestesia general. También es excluida la responsabilidad civil derivada de la violación del secreto profesional y aquella responsabilidad por tratamientos destinados a impedir o provocar un embarazo o la procreación y por daños relacionados directa o indirectamente con el sida.

Consecuencias de la instauración de un seguro de responsabilidad civil médica obligatorio

Mirando otras experiencias en lo referente a la intervención del legislador a fin de consagrar la obligatoriedad del seguro RC, resulta curioso y paradójico observar que los aseguradores se muestran hostiles respecto a la institución de un seguro obligatorio de responsabilidad civil²⁶⁰, siendo que a simple vista una reforma en tal sentido no haría otra cosa que ampliar su clientela potencial.

260 Ricardo Lamperti, *Medicina legale della responsabilità medica...*, op. cit., p. 262.

En verdad, entre las principales críticas elevadas por los aseguradores a dicha obligación se cita como primera medida aquel peligro que es inherente al desarrollo del seguro RC, es decir, la relajación o el descuido en las conductas individuales, también llamado “el desvanecimiento de la responsabilidad civil”.²⁶¹ Por otro lado, la ya citada tendencia de los jueces a ser más severos cuando están en presencia de un seguro. Finalmente, según los conocedores²⁶², la reticencia de los aseguradores se explica principalmente por el temor de una reglamentación autoritaria, corolario casi inevitable de este tipo de procesos.

Cuando el legislador impone una obligación de asegurarse, está comprometido a precisar los contornos de dicha obligación, señalando las garantías mínimas que deben ofrecerse y evitando de este modo el peligro de un seguro puramente teórico; es decir, un seguro que otorgue una falsa seguridad. Dicha estipulación genera al tiempo una obligación de asegurar en cabeza del asegurador; obligación cuyo incumplimiento puede comprometer su responsabilidad en caso de que se ofrezcan pólizas por fuera de las condiciones normales de contratación establecidas.

Tal como se indicó en apartes anteriores, otra de las críticas que se hacen a la consagración de un seguro RC obligatorio tiene que ver con la función preventiva de la responsabilidad que de suyo viene a ser alterada con el ejercicio del seguro. En efecto, algunos autores consideran que la ineptitud de la responsabilidad civil para modificar las conductas individuales se agrava aún más cuando la deuda de responsabilidad es obligatoriamente asegurada.²⁶³ A diferencia del seguro voluntario, donde se presenta una cierta eficiencia del sistema en cuanto a que el efecto preventivo de la responsabilidad civil es trasladado, en primer lugar, sobre el nivel de la prima y, en segundo lugar, sobre la pérdida de la cobertura, dado que frente a una posible pérdida de cobertura por razón de provocar demasiados daños, el potencial responsable es consciente que desde el punto de vista económico le conviene no causar daños, ya que estos en parte serán soportados por él mismo;²⁶⁴ en el seguro obligatorio, dicho efecto preventivo puede expresarse

261 Ricardo de Ángel Yagüez, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid: Civitas, 1995, p. 89.

262 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 101.

263 Ibid., p. 65.

264 Vincenzo Zeno-Zencovich, *Chi paga? Funzioni e illusioni...*, op. cit., p. 458.

solo a través del aumento de la prima, y no con la pérdida de la cobertura, ya que en esta clase de seguro las compañías aseguradoras están siempre obligadas a asegurar so pena de sanción.

Con la consagración de una obligación de aseguramiento, el sistema pierde significativamente la capacidad de prevención y alienta comportamientos oportunistas que desdibujan el efecto distributivo propio del seguro.²⁶⁵ En verdad, ante la convicción de que nadie puede ser privado del seguro, ni que nadie puede renunciar a asegurarse porque está obligado por ley, es posible que en la categoría de los potenciales responsables, aquellos más diligentes paguen por los menos diligentes, sin que exista ninguna posibilidad de incidir sobre el comportamiento del menos diligente o sobre la exposición económica del sujeto diligente.

La doctrina generalmente ha considerado que en tributo del seguro, el mejor médico contribuye a la reparación del daño causado por el mal médico; sin embargo, en opinión de algunos²⁶⁶, esta condición, que puede ser vista como una injusticia del seguro, no debe llevarse hasta los extremos, pues no hay que creer que solo el mal médico es quien pone en ejercicio el seguro, ya que el mejor médico también puede cometer errores que algunas veces pueden generar consecuencias graves. Al contrario, lo que sí podría calificarse como un índice de la mediocridad de un médico sería la alta frecuencia en recurrir al seguro en comparación a los colegas que ejercen la misma actividad.

En todos los países civilizados, los poderes públicos consideran como un deber imperioso facilitar la creación de instituciones que cumplan funciones de seguro²⁶⁷, ya que desde el punto de vista del objetivo, el seguro pretende la contribución de un gran número de personas a la indemnización de un daño ocasionado, haciendo de esta una institución digna de benevolencia y apoyo.

En lo que se refiere a las consecuencias que puede traer consigo la instauración de un seguro RC obligatorio, estas no son otras distintas a las que tradicionalmente conlleva la consagración de un seguro de responsabilidad. Como primera medida, tal como se indicó, reiteradamente se ha insistido en el sentimiento que surge en los jueces respecto a que, en presencia de un seguro, una

265 *Ibid.*

266 André Tunc, *L'assurance tous risques médicaux...*, *op. cit.*, p. 178.

267 Charles Sainctelette, *La validité de l'assurance...*, *op. cit.*, p. 315.

indemnización puede ser otorgada. En verdad, en estas condiciones se estima que ellos son propensos a indemnizar los daños y el peligro que se presenta es el de desentenderse de toda investigación sobre la responsabilidad. Peligro que deriva, claro está, de una errónea mentalidad conforme la cual si existe un seguro respecto al cual el asegurado ha pagado las primas, es justo que la compañía pague el resarcimiento, con lo cual se desconocen los límites del seguro y los presupuestos de la responsabilidad. Se estima que en estos casos, se está tentado a considerar más o menos inconscientemente que la víctima tiene derecho a la indemnización.

Así pues, frente a la existencia de un seguro RC obligatorio, es posible que aumenten no solo las reclamaciones de las víctimas, sino también las condenas contra los médicos y las instituciones de salud, y este aspecto cobra especial consideración si se tiene en cuenta que al aumentar el espectro de actuación del Sistema de Seguridad Social en Salud, como consecuencia del reconocimiento que el legislador colombiano ha hecho del derecho a la Salud como derecho fundamental²⁶⁸, en razón al desvanecimiento de las limitaciones del servicio consagradas en el antiguo el Plan Obligatorio de Salud, este hecho trae como consecuencia directa el posible incremento del número de procesos y, de este modo, se hace necesario prever una probable crisis del aseguramiento para los médicos y las estructuras hospitalarias, acompañada de un eventual aumento en el costo de las indemnizaciones y de las primas de los contratos de seguro.

Es probable, además, que con la presencia de un seguro obligatorio se presente la consecuencia tan criticada en países como Francia donde se habla de una crisis del derecho de la responsabilidad, debido a que la presencia frecuente del seguro de responsabilidad se ha convertido prácticamente en la causa de la condena; se considera aquí la responsabilidad como la consecuencia que es necesario hallar a cualquier precio.²⁶⁹

Por otra parte, se estima que existe la posibilidad de que la introducción de un seguro RC obligatorio, cuya finalidad es tutelar antes que nada a la víctima, traiga consigo un ulterior impulso hacia la consagración de una responsabilidad objetiva.²⁷⁰ Además, dado el posible aumento de las demandas de resarcimiento,

268 Ley Estatutaria 1751 del 16 febrero de 2015, por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones.

269 Françoise Chabas, *L'assurance de personne au secours du droit...*, *op. cit.*, p. 85.

270 Ricardo Lamperti, *Medicina legale della responsabilità medica...*, *op. cit.*, p. 262

es probable que las entidades hospitalarias se sientan desalentadas a invertir en programas de prevención a fin de reducir los casos de negligencia médica.

Finalmente, como otra consecuencia inevitable de la instauración de una obligación de asegurar la responsabilidad médica, cuando no se cuenta aún con una práctica generalizada y constante en la materia, no se puede dejar de citar el posible aumento en el costo de las primas del seguro y por vía de consecuencia, el alza ineluctable en el costo de los servicios médicos. En efecto, a este respecto, algunos autores citan como antecedente el fenómeno presentado en Estados Unidos, donde desde 1974 las primas para este tipo de seguro han sufrido aumentos hasta del 500%²⁷¹; igualmente, el fenómeno presentado en Francia, cuando al instaurarse la citada obligación, se produjo el retiro del mercado de importantes compañías aseguradoras.

No obstante lo anterior, otros expertos consideran que el alza de las primas no se debió a la consagración de una obligación de asegurarse, pues el seguro RC ya era una práctica generalizada, ni al nuevo régimen de responsabilidad que, por ejemplo, se consagró en Francia a través de la Ley *Kouchner* del 4 de marzo de 2002, sino a la realización de un doble efecto. Por una parte, la segmentación técnica excesiva y el equilibrio financiero global perturbado; en efecto, se estima que una excesiva segmentación del riesgo médico, con la cual cada asegurado es catalogado y tarifado lo más cerca de su riesgo personal, elimina la solidaridad médica ya que la mutualidad de los riesgos desaparece, aislando grupos de médicos de la masa de los asegurados. Así, al eliminarse la solidaridad médica global el costo médico pesa solamente sobre los especialistas a mayor riesgo. En tal entendido, la solidaridad médica no existe más. Por otra parte, se considera que las alzas excesivas de las primas se deben a la perturbación del estado financiero que en general viven las aseguradoras; perturbación debida, entre otras cosas, a pérdidas financieras que hacen deficientes ciertas ramas del seguro y ciertas inversiones.²⁷²

No obstante todo lo dicho hasta el momento, se reitera que a pesar de las dificultades y las limitaciones, el seguro se encuentra justificado por razones de

271 Anne Kimmel-Alcover, A propos des accidents médicaux..., *op. cit.*, p. 21. Francesco Introna y A. Raimondo, È possibile introdurre l'assicurazione obbligatoria per la responsabilità professionale medica..., *op. cit.*, p. 1129. Fernando Guzmán, Responsabilidad médica en el acto quirúrgico..., *op. cit.*, p. 222.

272 Yvonne Lambert-Faivre, La crise de l'assurance responsabilité..., *op. cit.*, p. 142.

solidaridad hacia las víctimas. En verdad, se resalta la función eminentemente económica del seguro, entendida como aquella correspondencia con las necesidades humanas y la manera de satisfacerlas; el seguro es un fenómeno esencialmente económico en el sentido estricto de la palabra y no tiene otro objetivo que la realización de un interés material. En este orden de ideas, según algunos autores, la referencia a la solidaridad solo se ha hecho con el fin de ennoblecer la actividad de las compañías aseguradoras; por lo tanto, en el fondo, aquello que impide considerar el seguro como una obra de la solidaridad es la intención de sus adherentes, esto es, los depósitos que hacen los asegurados no los realizan con el fin de pagar las indemnizaciones que eventualmente deban percibir otros, sino las indemnizaciones que él mismo recibirá en un momento dado.

Es cierto que el funcionamiento del seguro supone la agrupación de un gran número de individuos, lo cual aumenta la solidaridad natural existente entre ellos. Pero ese no es el objetivo del seguro. El seguro es un simple proceso técnico, es una obra de la solidaridad en cuanto a los medios que emplea, pero no en cuanto al objetivo que persigue; por lo tanto, se considera que no existe duda que el valor social de la actividad aseguradora está en la cadena de la solidaridad que permite obtener el objetivo principal: la búsqueda de protección, de seguridad.²⁷³

Así pues, la solidaridad debe ser entendida como aquella interdependencia que une a los hombres, de tal suerte que muchos de ellos pagan por las culpas que no han cometido, pues la riqueza de unos tiene como condición la miseria de otros; desde esta perspectiva, el seguro es un motor importante, una fuente autónoma del progreso económico y social, además de ser la empresa financiera más antigua del mundo.²⁷⁴

Así pues, en Colombia, hoy en día es difícil imaginar una contratación entre las grandes instituciones que conforman el Sistema de Salud que no esté asegurada contra las eventuales responsabilidades en que puedan concurrir. Se trata de una contratación de seguros que, no obstante ser realizada más por imposición de los contratos y de la realidad que por un criterio de administración de riesgos, podría llevar a pensar que en Colombia existen todas las condiciones para que pueda consagrarse una obligación de aseguramiento, máxime cuando nuestra legislación

273 M. Richard, *La fonction de l'assurance*, thèse, Rennes, 1943, p. 21; Giovanna Manguetti, *Etica e assicurazione: quali comportamenti*, en *Assicurazioni*, 2002, p. 3.

274 Michel Albert, *Le rôle économique et social de l'assurance...*, *op. cit.*, p. 20.

de seguros ha avanzado a la par de las últimas tendencias mundiales; entre ellas, la posibilidad de asegurar la culpa grave, el reconocimiento de la acción directa incluso para el seguro facultativo²⁷⁵, pues a pesar de que generalmente se sostiene que la acción directa es una consecuencia lógica solo en materia de seguro RC obligatorio, puesto que desde el punto de vista de la ley este se suscribe forzosamente en garantía del hipotético tercero perjudicado, si no se permitiera la acción directa en el seguro facultativo, el contrato pretendería proteger solo el interés del tomador y no sería obligatoria su realización.

Además, debe considerarse que se cuenta con la posibilidad de afianzar la rentabilidad del negocio asegurador gracias a la estipulación de las cláusulas *claims made*, permitidas en el ordenamiento colombiano a partir de la reforma introducida a través de la Ley 389 de 1997. Estas cláusulas generalmente vienen estipuladas en los contratos de seguro de responsabilidad médica, no obstante ser altamente lesivas y limitativas de los derechos de los asegurados.

Por otra parte, como se tuvo ocasión de analizar, con la reforma introducida a través de la Ley 45 de 1990 se admitió el aseguramiento de la culpa grave; por lo tanto, el asegurado no puede liberarse de las consecuencias del dolo a él imputable, pues un hecho similar pondría en peligro la seguridad social y dejaría el asegurador a merced del asegurado; sin embargo, en Colombia se observa que las coberturas ofrecidas tienden a excluir la culpa grave del asegurado.²⁷⁶

Así pues, desde el punto de vista jurídico, en teoría podría pensarse que en Colombia subsisten las condiciones para un eventual, efectivo y verdadero desarrollo del seguro RC obligatorio en la materia; pero cabría preguntarse si estas condiciones “propicias” para la instauración de un seguro de esta envergadura resultan favorables para la tutela de los derechos del paciente-víctima.

En primer lugar, el hecho de que las cláusulas de reclamación (*claims made*) afiancen la rentabilidad del negocio asegurador, en detrimento de los intereses del asegurado y la víctima, hace dudar de su conveniencia; por lo tanto, en caso de decidirse por la consagración de una obligación de aseguramiento, convendría pensar en prohibir algunos tipos de estas cláusulas, sino también aquellas de exclusión de riesgos que sean manifiestamente abusivas.

275 Mariano Hernández, Op. cit., 523.

276 Daniele de Strobel, *L'assicurazione di responsabilità...*, op. cit., p. 12. Herman Cousy, op. cit., 119. Juan Manuel Díaz-Granados, “El seguro de responsabilidad civil en Colombia”, op. cit., 11.

Por otra parte, no obstante estas condiciones teóricas propicias, la técnica de seguros funciona de acuerdo con las exigencias que el cálculo actuarial y las técnicas correspondientes imponen. El mercado del seguro exige un estudio detenido de los presupuestos en los que la contratación ha de basarse.²⁷⁷ En general, solo cuando existe una experiencia lo suficientemente amplia para constatar la relación volumen de accidentes en razón de los supuestos asegurados y la cuantificación de los correspondientes daños, será posible incorporar una determinada actividad generadora de eventuales daños a la mecánica normal del aseguramiento.

Por otro lado, teniendo en cuenta que de acuerdo con la experiencia de otros países el tránsito hacia sistemas de aseguramiento obligatorio para la responsabilidad médica fueron apalancados con sistemas de solidaridad nacional, la cual se hace cargo de los daños no cubiertos por el seguro, se considera que en nuestro país aún no existen bases sólidas y seguras que logren superar las dificultades antes mencionadas, fundamentalmente relacionadas con la técnica aseguradora y el derecho de la responsabilidad médica, que permitan al legislador la consagración de una obligación de aseguramiento con las características y límites que ella conlleva (como el preestablecimiento de las indemnizaciones) y que, en últimas, no encontraría manera de ser satisfecha por falta de oferta.

Por ello, se insiste en que un mecanismo de tutela alternativo o incluso transitorio para Colombia podría consistir, entre otros, en el establecimiento de la metodología *risk management* (gestión de riesgos o gerencia de riesgos) aplicable al sector sanitario por parte de las entidades hospitalarias. En verdad, las reformas que se están realizando a los servicios sanitarios obligan a que se mejoren los niveles de eficiencia y que se importen en las entidades públicas o privadas modelos de gestión dirigidos hacia la eficacia y la eficiencia, pero capaces de no olvidar que el objetivo es la tutela del paciente en el suministro de las prestaciones.

Empero, la posibilidad de adoptar en el ordenamiento colombiano instrumentos de gestión del riesgo requeriría de un total cambio de cultura y mentalidad de los operadores sanitarios de nuestro país y de todos aquellos interesados en tan relevante compartimiento económico.²⁷⁸ Esta propuesta no significa que es-

277 Enrique Ruiz, "VII Congreso mundial de la A.I.D.A (Budapest, 1986). Tema I: La respuesta del seguro a los cambios de la noción de responsabilidad", *Revista Española de Seguros*, n.º 41, 1986, p. 227.

278 Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti, *La responsabilità in sanità dal conflitto...*, op. cit., p. 10.

temos en total desacuerdo con la institución del seguro, pues, al contrario, lejos de desconocer su importancia, lo que se busca con la metodología de gestión del riesgo es que el seguro se haga cargo de aquel daño no eliminable a través de la prevención. Sería un error negar la indiscutible capacidad especial que tiene el seguro para eliminar el daño con el mínimo gasto. El seguro, en efecto, es la única institución que permite restaurar una lesión patrimonial sin repercutir el costo sobre un solo sujeto. Contrario a lo que sucede con la institución de la responsabilidad que al limitarse a trasladar la incidencia económica de un daño de un sujeto a otro, deja sin remediar la pérdida de riqueza, puesto que el daño, sea o no resarcido, es y sigue siendo una pérdida de valor económico que empobrece alternativamente al causante del daño o al perjudicado, a veces con el efecto de secar una útil fuente de producción económica.²⁷⁹

En Colombia, el fenómeno de los seguros obligatorios de responsabilidad civil es relativamente reciente, ha tenido su mayor acogida en materia de transporte y solo a partir de los años ochenta Colombia acogió esta figura como mecanismo de protección de las víctimas. Así, existe la obligación de aseguramiento en el terreno de la circulación de vehículos de transporte escolar, de vehículos de transporte de combustible, de transporte de pasajeros y de carga, igualmente para las empresas de transporte aéreo y las que prestan el servicio de vigilancia privada.²⁸⁰ En otros países, por ejemplo, se ha pensado incluso en adaptar el modelo del seguro RC obligatorio en materia de circulación automovilística al ámbito de la responsabilidad sanitaria; sin embargo, a diferencia de otros países como Francia e Italia, donde este tipo de seguro existe, en nuestro país se presenta una situación especial, pues en este campo no existe realmente un seguro de responsabilidad civil, sino un seguro de accidentes personales, donde se permite indemnizar automáticamente los daños causados en accidente de tránsito, independientemente de las discusiones acerca de la responsabilidad.

Podría afirmarse que lo que sucede en Colombia con el seguro de responsabilidad civil es que se encuentra aún en plena evolución, adaptándose paulatinamente no solo a las modificaciones que día a día se introducen y seguramente se seguirán introduciendo a nivel del derecho de la responsabilidad médica y a los

279 Antonio La Torre, Responsabilidad y seguro..., *op. cit.*, p. 27.

280 Juan Manuel Díaz-Granados, El seguro de responsabilidad civil en Colombia..., *op. cit.*, p. 21.

criterios de la reparación del daño existentes en ambas jurisdicciones, sino también tratando de acoplarse a los diversos cambios económicos del país propios de las economías de los países en vía de desarrollo, los cuales exigen continuos ajustes de las pólizas de seguros para su adecuación y generan también dificultades relacionadas con la técnica aseguradora.

Se podría afirmar que, en el fondo, la consagración de una obligación de asegurar la responsabilidad médica no es la solución que garantice la tutela de los intereses del paciente-víctima, no solo por el hecho de no existir aun las condiciones para una tal consagración, sino también porque respecto a las víctimas, dadas las múltiples dificultades e insuficiencias que tienen que enfrentar en torno al derecho de la responsabilidad médica y a la reparación del daño,²⁸¹ mientras no se presente una reforma sustancial, continuarán enfrentándose a la imposibilidad de hacer valer sus derechos, no obstante el profesional responsable esté asegurado (voluntariamente o por imposición legal) y las pólizas continúen ofreciendo un máximo asegurado que en muchos eventos no supera las condenas que se producen a nivel judicial, las cuales, entre otras cosas, en la mayoría de casos no resultan adecuadas si se compara con los estándares europeos de reparación.²⁸²

Además, porque generalmente en nuestro país la tendencia es a no asegurar la culpa grave,²⁸³ fundamento de un número elevado de condenas, y porque comúnmente las pólizas de responsabilidad consagran cláusulas *claims made*, las cuales en muchos casos no ofrecen garantía ni para los asegurados ni para las eventuales víctimas. Esto sin mencionar el hecho de que ni siquiera la consagración de un seguro RC obligatorio logra solucionar el más grave problema: aquel relacionado con la incolumidad de la persona.²⁸⁴ En efecto, si bien el instituto logra una finalidad de orden patrimonial, deja sin resolver este fundamental problema, no siendo en definitiva útil a la sociedad, ya que no está en grado de reducir el número complejo de daños provocados a las víctimas.

281 Franceso Busnelli, Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con "l'alternativa svedese, *Jus*, n.º 33, 1986, p. 237.

282 Francesco Introna, Un paradosso..., *op. cit.*, 891.

283 Juan Manuel Díaz-Granados, El seguro de responsabilidad civil en Colombia, *op. cit.*, p. 11.

284 Guido Gentile, Responsabilità civile e assicurazione..., *op. cit.*, p. 16.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta el objetivo de esta investigación y una vez esbozados los efectos de la expansión del seguro RC frente a la eficacia de la responsabilidad civil, a título de conclusión puede afirmarse que para que un eventual sistema de seguro obligatorio logre tutelar eficazmente los intereses del paciente-víctima se requeriría de una simplificación de las reglas de la responsabilidad civil médica e igualmente convendría ofrecer un contrato de seguro con condiciones favorables a sus intereses e incluso pensar en mecanismos de apoyo al seguro que estén respaldados por la solidaridad nacional. Lo anterior, sin desconocer la necesidad que existe respecto de una verdadera cultura del seguro, pues todos sabemos que una ley es mucho más eficaz cuando se adhiere a la realidad de la vida cotidiana.²⁸⁵

Por lo tanto, antes de elevar a obligación legal este tipo de conducta, sería preciso que el seguro RC penetrara en la conciencia común, sería indispensable que todos los profesionales de la salud, incluidas las estructuras sanitarias, fueran realmente conscientes de la ingente prudencia que significa ejercer la medicina contando con una póliza que garantice la posible producción de un daño y de la necesidad de adelantar y ejecutar mecanismos de prevención a través de la implementación de metodologías de gestión del riesgo sanitario o *risk management*.

En efecto, se estima que la solución del aseguramiento no es por sí sola resolutive sino está precedida y acompañada de otros planos de intervención; esto es lo que al parecer ha sucedido en Italia, por ejemplo, con la consagración a nivel

.....
²⁸⁵ Guido Gentile, Responsabilità civile e assicurazione..., *op. cit.*, p. 15.

legal de la necesidad de desarrollar actividades de *risk management* que permitan reducir los efectos del riesgo y en consecuencia prevenirlo. Por su parte, Francia e Italia han establecido el apoyo de la solidaridad social por la vía de un fondo de garantía que logre reforzar el resarcimiento de las víctimas. Finalmente, se reitera el plano de intervención adicional y necesario que se requiere a nivel de las reglas tradicionales de la responsabilidad médica.

Se insiste pues en la necesidad de trabajar en la cultura del seguro en Colombia, ámbito en el cual se considera que el mejoramiento del nivel de educación será un estímulo para la demanda de seguros, dentro de un mercado que en los últimos años ha mostrado un crecimiento constante, sobre todo respecto al ramo responsabilidad civil que ha venido ganado participación en la industria aseguradora. De acuerdo con el criterio de las compañías aseguradoras, entre los factores que impiden la penetración de los seguros en América Latina está la falta de cultura y educación, factor que representa el 82%. Igualmente, los estudios indican que la alta proporción de trabajadores independientes representa un reto para las aseguradoras, pues este factor implica mayor inestabilidad en los ingresos; el elemento precio es otro de los factores que obstaculizan la penetración de los seguros en la población colombiana.²⁸⁶

En definitiva, estos factores y otros tantos esbozados a lo largo de este escrito hacen que aún no se pueda considerar la posibilidad de establecer en Colombia una obligación de aseguramiento para el sector de la responsabilidad médica y hospitalaria por ausencia de condiciones adecuadas para ello. Por lo tanto, se insiste como alternativa en la importancia de ensayar otros mecanismos acordes con nuestra realidad, dado que para la consagración de una obligación en esta materia se requeriría contar con condiciones propicias de ejercicio y la garantía de una seguridad jurídica a todos los niveles.

El paso hacia el aseguramiento obligatorio se podrá dar en el momento que sea posible mantener un mercado de seguros equilibrado, eficiente y eficaz, dada la necesidad de garantizar fiabilidad y solvencia diferidas en el tiempo. Según los expertos, de nada sirve invocar un aseguramiento obligatorio si no se dispone de un mercado caracterizado por la capacidad asuntiva y la solvencia de las compañías aseguradoras. En efecto, desde el punto de vista técnico, el paso hacia la

286 Convención Fasecolda 2007. Cultura y penetración del seguro en Colombia. Disponible en www.fasecolda.com

•Conclusión•

obligación legal de aseguramiento presupone la creación de condiciones idóneas de sostenibilidad económica y monitoreo constante por parte de autoridades de supervisión independientes.²⁸⁷

.....

287 Alberto Tita. Assicurazione per responsabilità sanitaria: le aperture del 2014. En Altalex

BIBLIOGRAFÍA

- Albert, Michel, Le rôle économique et social de l'assurance, en *Enciclopedia des Assurances*, 1998, p. 19.
- Albertin, M., L'assurabilité du risque de responsabilité professionnelle des médecins et des établissements de soins, en AA.VV., *Le risque médical*. Aix-en-provence: PUAM, 2003.
- Alonso, Francisco, *Derecho mercantil de contratos*. Pamplona: Civitas, 2011.
- Alt-Maes, Françoise, Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002, en *Gazette du palais*, 2003.
- Boitard, Michel, La responsabilité médicale et son évolution récente, en Marcel Eck (coord.), *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*. Fayard: 1968, p. 131.
- Brusorio-Aillaud, Marjorie, Responsabilité médicale. Assurance obligatoire de la responsabilité médicale, en *Feuillets mobiles Litec Droit médical et hospitalier*, fasc. 25.
- Busnelli, Francesco, Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con "l'alternativa svedese, *Jus*, n.º 33, 1986.
- Buttaro, Luca, Assicurazioni, en *Enciclopedia del diritto*. Milán: 1958.
- Caillé, Catherine, Assurance de dommages, en *Répertoire de droit civil*, 2016.
- Canosa, Ulises, Código General del Proceso. Aspectos probatorios, en *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá: Universidad Libre, 2012.
- Carnevale, Aldo y Colagreco, Armando, Il fenomeno assicurativo dalle origini ai nostri giorni, en *Rivista Italiana di Medicina Legale*, n.º 103, 1999.
- Carrillo, J., La responsabilidad médica, en *Revista Derecho Privado*, n.º 5, 2000.

- Carval, Suzanne (coord.), *La construction de la responsabilité civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.
- Cass. 11 marzo 2013, n. 11493, en Juris Data.
- Cass. 1er. Civ., 19 de diciembre, 1990, n.º 88-12.863.
- Castelletta, Angelo, *Responsabilité médicale. Droits des malades*. Paris: Dalloz, 2002.
- Cavallo, Rosella, L'assicurazione di responsabilità civile, en *Responsabilità e assicurazione*. Milán: Giuffrè, 2004.
- Cavallo, Rosella, *Responsabilità e assicurazione*. Milán: Giuffrè, 2004.
- Chabas, Françoise, L'assurance de personne au secours du droit de la responsabilité civile, en *Risques*, n.º 14.
- Chabas, Françoise, La maladresse constitue une faute. Nota a Cass. 1er civ. 23 mai 2000, en *Droit & Patrimoine*, n.º 86, 2000.
- Cockerell, Hugh, L'assicurazione della responsabilità civile del prestatore di servizi, en *Assicurazione*, 1982, p. 252.
- Code des assurances, art. L. 124-5, al. 1º.
- Comandé, Giovanni y Turchetti, Giuseppe, La responsabilità in sanità dal conflitto al dialogo tra gli autori, en *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*. Padova: Cedam, 2004.
- Comandé, Giovanni, La responsabilità sanitaria d'impresa tra crisi e pacificazione, en Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti (coords.), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*. Padova: Cedam, 2004.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Documento final aprobado mediante Acta del 28 agosto 2014. Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. Documento ordenado mediante Acta 23 del 25 septiembre 2013, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de febrero de 2013, Exp.: 45.679, C.P. Jaime Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de febrero de 2005, Exp. 27673, C.P. Alíer Hernández.
- Convención Fasecolda 2007, Cultura y penetración del seguro en Colombia. Disponible en www.fasecolda.com
- Corte Constitucional, Sentencia C-388 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, T-865 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 5 agosto 2014, M.P. Ariel Salazar.

•Bibliografía•

- Courtieu, Guy, L'assurance obligatoire de la responsabilité médicale, en *Responsabilité civile et assurances*, n.º 4, 2003.
- Cousy, Herman, La fin de l'assurance ? Considérations sur le domaine propre de l'assurance privée et ses frontières, en *Droit et économie de l'assurance et de la santé*, en *Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert* Paris: Dalloz, 2002.
- De Ángel Yagüez, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid: Civitas, 1995.
- De Cupis, Adriano, *El daño*. Barcelona: Bosch, 1975.
- De Strobel, Daniele, *L'assicurazione di responsabilità civile*. Milán: Giuffrè, 1998.
- Decreto-Ley 138 del 13 de agosto de 2011, artículo 3-5, lit. e, convertido en Ley 148 del 14 de septiembre de 2011.
- Decreto-Ley 158 del 13 de septiembre de 2012, artículo 3, convertido en Ley 189 del 8 de noviembre de 2012 (Ley Balduzzi).
- Decreto-Ley 90 de 2014, artículo 27, convertido en Ley 114 del 11 de agosto de 2014.
- Delpoux, Claude, Les assurances de responsabilité, en *Encyclopédie de l'assurance*. Paris: Economica, 1998.
- Demeester, Marie Luce, L'assurance des risques de santé et la loi n.2002-303 du 4 mars 2002, *Revue de droit sanitaire et social*, n.º 4, 2002.
- Díaz-Granados, Juan Manuel, El seguro de responsabilidad civil en Colombia, en *Revista Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario*, n.º 561, 1993.
- Díaz-Granados, Juan Manuel, Reforma a la seguridad social. Ley 100 de 1993, en *Fasecolda*, n.º 68, 1994.
- Donati, Antigono y Volpe Putzolu, Giovanna, *Manuale di diritto delle assicurazione*. Milán: Giuffrè, 2002.
- Dubouis, Louis, Assurance privée et responsabilité médicale. À propos de la loi n. 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, en *Revue de droit sanitaire et social*, n.º 3, 2003.
- Durry, G., La solidarité et le Bureau Central de Tarification, *Revue générale de droit des assurances*, n.º 3, 2002.
- Ewald, Françoise y Margeat, Henri, Le risque thérapeutique, en *Risques*, n.º 6, 1991.
- Favre-Rochex, André y Courtieu, Guy, *Le droit des assurances obligatoires*. Paris: LJGD, 2000..
- Felice, Carlo, Assicurazione contro i danni, en *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Treccani, 2005.
- Fernández, José, *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: Comares, 2002.
- Fernández, Mónica, El alea terapéutica desde la perspectiva del derecho colombiano, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 12, n.º 23, 2009.

- Fernández, Mónica, Las cláusulas *claims made* en el contrato de seguro de responsabilidad civil, en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 4, n.º 2, 2002.
- Fernández, Mónica, Las infecciones nosocomiales como un nuevo evento de responsabilidad objetiva en el sistema colombiano. Reflexión sobre su fundamento a partir de la experiencia francesa, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 3, 2016.
- Finon, Odile, *Faute et assurance dans la responsabilité civile médicale* (tesis de doctorado). París : Universidad Paris I, 1972.
- Fiori, Angelo, *Medicina legale della responsabilità medica*. Milán: Giuffrè, 1999.
- Foussat, Bernard, La solidarité et les assurances obligatoires, en *Revue Générale du droit des assurances*, n.º 3, 2002.
- Gagliardi, Maria, Contratto di assicurazione e dinamiche assicurative: informazione e clausole contrattuali, en Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti (coords.), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*. Padova: Cedam, 2004.
- Garay, Oscar, La necesidad del derecho médico preventivo, en *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*. Buenos Aires: 2003.
- Gentile, Guido, Responsabilità civile e assicurazione, en *Responsabilità civile e assicurazione (primo convegno per la trattazione di temi assicurativi. Perugia, 18-19 settembre 1957)*. Milán: Giuffrè, 1958.
- Girolami, Paolo, Breve ricognizione dei principali contenuti della legge francese del 4 marzo 2002 relativa ai diritti dei malati e della qualità del sistema sanitario, en *Rivista italiana di medicina legale*, fasc. 6, 2002.
- Gollier, Christian, Franchise, en *Risques*, n.º 17, 1994.
- Gremigni, Lorenzo, Responsabilità sanitaria e tutela della persona, en *Danno e responsabilità*, n.º 11, 2005.
- Guerriero, Chiara, Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica. 2016. Disponible en: <http://www.iurisprudencia.it/sentenze/Il-disegno-di-legge-Gelli-cambia-i-connotati-della-responsabilita-medica-294.aspx>
- Guiné-Gibert, Sabine, L'assurance responsabilité civile médicale des acteurs de santé. Historique : comment en est-on arrivé à la situation actuelle ?, en *Droit médical*, n.º 12, 2004.
- Guzmán Fernando y Redondo, Herman, La ley 100 de 1993: ¿a quién beneficia realmente?, en *Revista de la Universidad del Rosario*, vol. 91, n.º 581, 1998.
- Guzmán, Fernando, Responsabilidad médica en el acto quirúrgico. Algunas consideraciones sobre aspectos probatorios, en *Revista de Derecho Procesal*, n.ºs 21-22, 1997.
- Hernández, Mariano, El seguro de responsabilidad civil ante la armonización del derecho europeo de contratos, en coords. Santiago Espiau y Antoni Vaquer (coords.), *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

•Bibliografía•

- Introna, Francesco y Raimondo, A., È possibile introdurre l'assicurazione obbligatoria per la responsabilità professionale medica, en *Rivista italiana di medicina legale*, 1997.
- Introna, Francesco, Un paradosso. Con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici, en *Rivista italiana di medicina legale*, 2001.
- Jaramillo, Carlos Ignacio, Del contrato de seguro en la legislación colombiana, en *Revista Ibero-Americana de Seguros*, n.º 1, 1992.
- Josserand, Louis, La evolución de la responsabilidad civil, en *Cinco conferencias*. Bogotá: Univesidad La Gran Colombia, 1943.
- Jourdain, Patrice (coord.), *Le nouveau droit des malades et indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques*. París: Litec, 2002.
- Jourdain, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*. París: Dalloz, 2000.
- Kimmel-Alcover, Anne, A propos des accidents médicaux : vers l'indemnisation de l'aléa thérapeutique ?, en *Petites Affiches*, n.º 155, 1996.
- La Torre, Antonio, Assicurazione (genesi ed evoluzione), en *Enciclopedia del diritto, annali I*, 2007.
- La Torre, Antonio, Responsabilidad y seguro. Parte segunda, en *Revista Española de Seguros*, núm. 21, 1980.
- Lambert-Faivre, Yvonne, L'éthique de la responsabilité, en *Revue trimestrielle de droit civil*, n.º 1, 1998.
- Lambert-Faivre, Yvonne, *Droit des assurances*. París: Dalloz, 2001.
- Lambert-Faivre, Yvonne, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*. París: Dalloz, 2004.
- Lambert-Faivre, Yvonne, La crise de l'assurance responsabilité civile médicale, en *Dalloz*, 2003.
- Lambert-Faivre, Yvonne, *La loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. III. L'indemnisation des accidents médicaux*, en *Dalloz*, n.º 17, 2002.
- Lamperti, Ricardo, *Medicina legale della responsabilità medica il punto di vista dell'ANIA, en Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale*. Milán: Giuffrè, 2000.
- Le Tourneau, Philippe, Responsabilité (en général), en *Répertoire civil Dalloz*, 2001.
- Le Tourneau, Philippe y Cadiet, Loïc, *Droit de la responsabilité et des contrats*. París: Dalloz, 2002.
- Le Tourneau, Philippe, *La responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, 2004.
- Le Tourneau, Philippe, La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin), en *Revue trimestrielle de droit civil*, n.º 3, 1988.
- Leon, Henri, Mazeaud, Jean y Chabas, Françoise, *Traité de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, vol. 3. París: Montcherestien, 1983.

Ley Estatutaria 1751 del 16 febrero de 2015, por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones.

Loi n.° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière.

Macri, Ernesto, L'assicurabilità delle strutture sanitarie alla luce dell'art. 27 comma 1 bis del D.L. n. 90/2014. Disponible en: <https://www.cineas.it>

Manguetti, Giovanna, Etica e assicurazione: quali comportamenti, en *Assicurazioni*, 2002.

Margeat, Henri, Déclin, rémanence ou renaissance de la responsabilité civile, en *Risques*, n.° 10, 1992.

Martelli, Lanfranco y Mastroroberto, Luigi, Implicazioni assicurative della responsabilità professionale del medico nell'ambito del servizio sanitario nazionale, en Vittorio Fineschi (coord.), *La responsabilità medica in ambito civile. Attualità e prospettive*. Milán: Giuffrè, 1989.

Martin, Gilles, La mise en œuvre du principe de précaution et la renaissance de la responsabilité pour faute, en *Juris Classeur Périodique*, 1999.

Martínez, Francisco José y Ruiz, José María, *Manual de gestión de riesgos sanitarios*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 2001.

Mayaux, Luc, Assurance: généralités, en *Répertoire de Droit Civil*, 2016.

Mazzamuto, Salvatore, Note in tema di responsabilità civile del medico, en *Europa e diritto privato*, 2000.

Meirelles, Julio *et al.*, *Error médico*. Buenos Aires: IB de F, 2002.

Miranda, Francisco, Seguro de responsabilidad civil por mala praxis médica. Delimitación temporal de la cobertura del seguro. Cláusulas claims made, en *Revista Iberoamericana de Seguros*, n.° 16, 2001.

Nocco, Luca, Lezioni dall'Europa (L'esperienza francese), en Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti (coords.), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*. Padova: Cedam, 2004, p. 133. Philippe Le Tourneau, *La responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, 2004.

Onnis, Federico, Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi, en *Responsabilità civile e previdenza*, n.° 5, 2016.

Ordóñez, Andrés, *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

Ordóñez, Andrés, *El contrato de seguro. Ley 389 de 1997 y otros estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

Ossa, Efrén, *Teoría general del seguro. El contrato*. Bogotá: Temis, 1991.

•Bibliografía•

- Paladini, Mauro, Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi, en *Danno e Responsabilità*, n.º 10, 2015.
- Pansier, Frédéric-Jérôme y Charbonneau, Cyrille, Commentaire de la Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades (suite et fin), en *Petites affiches*, n.º 53, 2002.
- Pansier, Frédéric-Jérôme, L'obligation d'assurance des professionnels et des établissements, en *Petites affiches*, n.º 22, 2002.
- Penneau, Jean, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. París: LGDJ, 1973.
- Penneau, Jean, *La responsabilité du médecin*, 3.ª ed. París: Dalloz, 2004, p. 76.
- Polotti, Alberto, La copertura assicurativa in campo medico, en *Diritto ed economia dell'assicurazione*, n.º 1, 2001, p. 380.
- Ponzanelli, Giulio, La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk management, en *Danno e responsabilità*, n.º 4, 2003.
- Querci, Agnese, Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali, en *Nuova Giurisprudenza Civile*, n.º 1, 2015.
- Radé, Christophe, L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, en *Dalloz Chron*, 1998.
- Raffi, Rémy, Réflexions sur le rôle du temps en assurance de responsabilité, en *Dalloz Chron*, 1998.
- Reglero, Fernando, El seguro de responsabilidad civil, en *Lecciones de responsabilidad civil*. Navarra: Aranzadi, 2002.
- Reglero, Fernando, El seguro de responsabilidad civil, en *Lecciones de responsabilidad civil*. Navarra: Aranzadi, 2002.
- Richard, M. *La fonction de l'assurance*, thèse, Rennes, 1943.
- Rodas, Fernando, ¿Es necesaria en Colombia la estipulación legal de un seguro obligatorio de responsabilidad civil que cubra el ejercicio de la actividad médica?, en *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, n.º 18, 2005.
- Rojas, Sergio, *El daño a la persona y su reparación. Sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles*. Bogotá: Ibáñez, 2015.
- Rossetti, Marco, Attività medica e assicurazione della responsabilità civile, en *Assicurazioni*, 1999.
- Ruiz, Enrique, VII Congreso mundial de la A.I.D.A (Budapest, 1986). Tema I: La respuesta del seguro a los cambios de la noción de responsabilidad, *Revista Española de Seguros*, n.º 41, 1986, p. 227.
- Russo, Chantal, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*. París : Dalloz, 2001.
- Saintelette, Charles, La validité de l'assurance: De la responsabilité et de la garantie, 1884 (extraits), en Suzanne Carval (coord.), *La construction de la responsabilité civile*. París: Presses Universitaires de France, 2001.

- Sargos, Pierre, Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale, en *Dalloz*, n.º 43, 1996.
- Savatier, René *et al.*, *Traité de droit médical*. París: Librairies techniques, 1956.
- Savatier, René, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui, en Suzanne Carval, *La construction de la responsabilité civile*. París: PUF, 2001.
- Savatier, René, *Traité de la responsabilité civile, II*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951.
- Scalfi, Gianguido, *Manuale delle assicurazioni private*. Milán: EGEA, 1994.
- Schiavo, Carlos, El contrato de seguro de responsabilidad civil profesional médica, en Óscar Garay (coord.), *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*. Buenos Aires: La Ley, 2003.
- Sonigo, Pierre, Risk management, en *Risques*, n.º 17, 1994.
- Sornoza, Hilda, El riesgo asegurable y los riesgos emergentes de las nuevas tecnologías, *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, 2009.
- Soto, Francisco, El seguro obligatorio y el seguro voluntario. Diferenciaciones y coincidencias, en *Boletín* nums. 1788-89, 1997, pp. 7-31. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2045053>
- Stefani, G., La validité de l'assurance: De l'assurance des fautes, en Suzanne Carval (coord.), *La construction de la responsabilité civile*. París: Presses Universitaires de France, 2001.
- Stolfi, M., L'assicurazioni obbligatorie di responsabilità civile, en *Assicurazioni*, 1969.
- Tita, Alberto, Assicurazione per responsabilità sanitaria: le apertura del 2014. Disponible en: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/03/03/assicurazione-per-responsabilita-sanitaria-le-apertura-del-2014>
- Tunc, André, L'assurance tous risques médicaux, en *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, París: 1968.
- Tunc, André, L'avenir de la responsabilité civile pour faute, en *Osaka University Law Review*, n.º 35, 1988.
- Tunc, André, La responsabilité civile, en *Deuxième congrès international de morale médicale, I*. París: 1966.
- Tunc, André, *La responsabilité civile*. París: Économica, 1989.
- Tunc, André, *La sécurité routière*. París: Économica, 1966.
- Tunc, André, Où va la responsabilité civile aux États-Unis ?, en *Revue internationale de droit comparé*, n.º 3, 1989.
- Tunc, André, Responsabilité civile et assurance, en *Hommage a hulde aan tribute to René Dekkers*. Bruselas: Bruylant, 1982.

•Bibliografía•

- Tunc, André, Responsabilité civile et assurance, en *Hommage a hulde aan tribute to René Dekkers*. Bruselas: Bruylant, 1982.
- Tunc, André, Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux, en *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*. París: Editions A. Pedone, 1975.
- Tunc, André, Responsabilité, assurance et solidarite sociale dans l'indemnisation des dommages, en *Etudes de droit contemporain. VIIIème congrès international de droit comparé*. Pescara, 1970.
- Turchetti, Giuseppe y Labella, Barbara, Il Risk Management Sanitario, en Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti (coords.), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*. Padova: Cedam, 2004.
- Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice, *Les effets de la responsabilité*. París: LGDJ, 2001.
- Viney, Geneviève, coord., *L'indemnisation des accidents médicaux. Actes du colloque du 24 avril 1997 organisé par le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I*. París: LGDJ, 1997.
- Viney, Geneviève, *Introduction á la responsabilité*. París: LGDJ, 1995.
- Viney, Geneviève, *Introduction á la responsabilité*. París: LGDJ, 2008.
- Viney, Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*. París: Librairie général de droit et de jurisprudence, 1965.
- Zana, Mario, *Responsabilità medica e tutela del paziente*. Milán: Giuffrè, 1993.
- Zeno-Zencovich, Vincenzo, Chi paga? Funzioni e illusioni del sistema della responsabilità civile, en *Danno e responsabilità*, n.º 4, 2002.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia
en octubre de 2017, impreso en papel propali-
bros de 75 g, en tipografía Times New Roman,
tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

EL ASEGURAMIENTO
DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL MÉDICA
IDEAS PARA LA REFLEXIÓN
DESDE UNA PERSPECTIVA
COMPARADA

9

Muchos consideran que los problemas que genera la responsabilidad civil médica pueden ser solucionados introduciendo la obligación de asegurarse. Sin embargo, esta propuesta no se sustrae a las críticas de quienes consideran las lagunas generadas por la no previsión de mecanismos de garantía para las víctimas de aquellos daños acaecidos en ausencia de culpa, además de un sinnúmero de efectos que dicha obligación puede generar en el sistema tradicional de responsabilidad civil médica. La autora de esta obra propone una solución alternativa al seguro obligatorio de responsabilidad médica, a través de la ejecución de modelos de gestión del riesgo sanitario al interior de cada estructura hospitalaria pública o privada, con el fin de monitorear los errores que se presentan durante la asistencia sanitaria, a efecto de ejecutar acciones dirigidas a lograr una sistemática reducción o incluso la eliminación de los eventos generadores de daño. Se trata de un enfoque positivo del problema, un acercamiento multidisciplinario y preventivo que requiere la participación de todos los actores involucrados en la gestión del proceso asistencial.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

